



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza
Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto

Corso di dottorato di ricerca in Scienze Giuridiche
Curriculum di Diritto Civile - Ciclo XXVII
IUS-01

I PATTI LIMITATIVI DELLA RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO
NEI CONTRATTI DI ACQUISIZIONE DI PARTECIPAZIONI AZIONARIE

Tutor:
Chiar.mo Prof. Francesco Delfini
Coordinatrice:
Chiar.ma Prof.ssa Chiara Tenella Sillani

Tesi di dottorato di:
Andrea Salvemini
Matr. n. R09772

A.A. 2013/2014

INDICE

INTRODUZIONE.....	5
-------------------	---

CAPITOLO I

CONTRATTO DI ACQUISTO DI PARTECIPAZIONI AZIONARIE E TUTELA DELL'ACQUIRENTE

1. Premessa.	8
2. Le clausole di garanzia.....	12
3. I rimedi a disposizione dell'acquirente: le « <i>indemnities</i> ».....	17
4. Il funzionamento delle clausole di <i>indemnity</i> e i limiti dell'autonomia privata.	20
5. Il beneficiario dell'indennizzo.	25
6. Natura delle clausole di <i>indemnity</i> per diritto italiano.	28
7. Il rapporto tra <i>indemnity clause</i> e clausola penale.	30
8. Le clausole di aggiustamento del prezzo: « <i>price adjustment clauses</i> ».....	33
9. La « <i>exclusive remedy clause</i> ».....	36

CAPITOLO II

I PATTI LIMITATIVI DELLA RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO NEL DIRITTO ITALIANO

1. Premessa.	40
2. Autonomia privata e risoluzione per inadempimento: il problema della rinuncia preventiva all'effetto risolutivo.....	42
3. Gli interessi sottesi alla stipulazione di una clausola di irrisolubilità.....	45
4. Gli argomenti contrari alla validità dei patti che escludono la risoluzione.	47
5. Le condizioni di validità ed efficacia delle clausole di irrisolubilità.	51
5.1. La conservazione degli altri rimedi sinallagmatici.	52
5.2. Il rispetto dei limiti imposti dall'art. 1229 cod. civ.....	56
5.3. La possibile disapplicazione della clausola di irrisolubilità.	59
6. Gli orientamenti della giurisprudenza.....	61
7. Conclusioni.	66

CAPITOLO III

FUNZIONE E LIMITI DELLE CLAUSOLE DI IRRESPONSABILITÀ NEL *COMMON LAW* INGLESE

1. Premessa.	68
-------------------	----

2.	Brevi cenni sulla disciplina dei rimedi contrattuali nel <i>common law</i> inglese.	70
3.	Il risarcimento del danno per equivalente: i <i>compensatory damages</i> e le ragioni della preferenza per i rimedi compensativi.	77
4.	Autonomia privata e inadempimento contrattuale: gli <i>agreed remedies</i>	83
5.	Le <i>exclusion and limitation clauses</i> : funzione ed effetti delle clausole di irresponsabilità nel <i>common law</i> inglese.....	86
6.	<i>Exemption clauses</i> e contratti tra imprese: il limite della ragionevolezza del patto di..... esonero della responsabilità e dei rimedi.	92
7.	Il caso <i>Fujitsu Services v IBM UK</i> : l'oggetto dell'indagine sulla ragionevolezza dell'esclusione dei rimedi contrattuali.	96
8.	<i>Exemption clauses</i> e inadempimenti imputabili a dolo e colpa grave.	99
9.	Conclusioni.	104

CAPITOLO IV

LE CLAUSOLE DI *SOLE REMEDY* E LA BARRIERA DEL DIRITTO ITALIANO

1.	Premessa.	106
2.	La clausola di <i>sole remedy</i>	107
3.	I rimedi mantenuti esclusi dalla clausola di <i>sole remedy</i> : a) l'azione di esatto adempimento.	113
4.	(<i>Segue</i>): b) l'eccezione di inadempimento.	115
5.	I rimedi demolitori: a) l'esclusione delle azioni di annullabilità e rescissione del..... contratto	117
6.	(<i>Segue</i>): b) l'esclusione degli artt. 1492, 1494 e 1497 cod. civ..	121
7.	La risoluzione per inadempimento e la sua esclusione convenzionale.	122
8.	La previsione del risarcimento del danno in via autonoma.	124
9.	Il problema delle restituzioni contrattuali.	128
10.	Le conseguenze della eventuale incompatibilità della <i>sole remedy clause</i> con il diritto italiano.....	130
11.	(<i>Segue</i>): il giudizio sulla nullità della clausola.	134
12.	Gli spunti offerti dal diritto uniforme.	137
	SINTESI CONCLUSIVA	141

INTRODUZIONE

Le premesse dello studio hanno messo in luce l'acquisita centralità del contratto quale principale fonte del diritto e primario strumento di organizzazione della realtà civile.

Una delle principali cause del fenomeno è la circolazione a livello globale di modelli contrattuali uniformi predisposti secondo lo stile di redazione tipico dei sistemi giuridici anglosassoni, concepiti negli uffici legali delle imprese multinazionali per realizzare l'unità del diritto entro l'unità dei mercati.

Una recente tendenza dimostra infatti che nell'odierna epoca della finanza nessun consulente di un'impresa redige *ex novo* le clausole che traducono gli accordi economici conclusi dai propri clienti, preferendo proporre emendamenti, soppressioni e aggiunte a testi contrattuali preesistenti, elaborati nel tempo dalla prassi giuridica dei paesi di *common law*.

Si assiste così alla diffusione in Italia di contratti alieni, redatti secondo le tecniche di *drafting* tipiche della prassi angloamericana, ma assoggettati al diritto italiano, scelto dai contraenti quale legge applicabile al contratto.

Tra questi, il «*sale and purchase agreement*» è il contratto con cui una parte vende e l'altra acquista una partecipazione di controllo in una società – definita «*target*» – che di norma è rappresentata da una società per azioni. Nell'odierno contesto economico esso rappresenta a livello internazionale uno degli strumenti più utilizzati per la realizzazione di molteplici forme di ristrutturazione e integrazione tra imprese.

Caratteristiche dei contratti di acquisto di partecipazioni azionarie, in particolare, sono da un lato la predisposizione di un complesso sistema di garanzie sulla situazione patrimoniale, finanziaria e reddituale della *target*, elaborato dai contraenti per prevenire l'eventuale rappresentazione non veritiera (involontaria e non) fornita dal venditore delle partecipazioni; e dall'altro lato la previsione delle così dette *indemnity clauses*,

ossia pattuizioni con cui le parti definiscono le conseguenze derivanti dalla violazione delle garanzie convenzionali prestate dall'alienante, in modo da tutelare adeguatamente le esigenze di tutti i soggetti coinvolti nell'operazione di trasferimento.

Occorre aver chiaro, in proposito, che in molti casi i rimedi negativi tendenti alla caducazione del vincolo contrattuale risultano inopportuni per la protezione degli interessi delle parti, che spesso intendono portare a termine l'operazione di acquisizione societaria malgrado la scoperta di sopravvenienze non dichiarate dal venditore. E lo stesso può dirsi per i finanziatori del progetto, i quali di norma contano sulla redditività della società bersaglio per la restituzione del prestito concesso al compratore.

Ciò rende frequente la previsione di clausole con le quali le parti si preoccupano di escludere espressamente la possibilità che una di esse possa richiedere la risoluzione del contratto e gli altri rimedi ablativi concessi dal diritto italiano. Esse muovono dalla necessità di redigere contratti stabili pur a fronte di inadempimenti di una delle parti, e tale obiettivo impone di concentrare la tutela del contraente fedele su rimedi giuridici positivi finalizzati alla conservazione e al riequilibrio del sinallagma funzionale, piuttosto che alla rimozione dei suoi effetti.

Il presente lavoro si propone di valutare la compatibilità con il nostro ordinamento di queste clausole, definite comunemente di «sole and exclusive remedy». Scopo dell'analisi è dimostrare che, entro i limiti che saranno indicati, tali pattuizioni non destano problemi di validità ed efficacia per il diritto italiano.

Assumendo questa direttrice d'indagine, dapprima s'illustrerà la cornice rimediale tipica dei contratti di acquisizione di partecipazioni azionarie, al fine di evidenziare il funzionamento degli strumenti di tutela dell'acquirente in caso di violazione della parte venditrice alle garanzie convenzionali fornite.

L'indagine si svilupperà, poi, con l'esame della ammissibilità per la legge italiana del patto di irrisolvibilità. Di ciò ci occuperemo nel secon-

do capitolo, in cui si esamineranno le interpretazioni della dottrina e della giurisprudenza italiane in merito ai patti di rinuncia preventiva alla risoluzione per inadempimento, allo scopo di verificare quali siano, secondo le opinioni maggioritarie, i limiti imposti all'autonomia privata nell'ambito dei rimedi sinallagmatici.

Fatto ciò, nel terzo capitolo sarà sinteticamente esaminato il quadro normativo inglese di riferimento che, a differenza del nostro, valorizza in misura molto maggiore il ruolo dell'autonomia privata nell'ambito dell'esclusione dei rimedi contrattuali, in favore di una distribuzione del rischio negoziale più coerente con le esigenze del caso concreto. Per la soluzione del problema, appare infatti decisiva una valutazione che tenga conto della funzione delle *exemption clauses* (alla quali si fa oggi riferimento anche in Italia con la definizione di «clausole di irresponsabilità») nel sistema di *common law* inglese, per individuare le ragioni della loro previsione e gli sviluppi del loro utilizzo.

Da ultimo, si svolgeranno alcune riflessioni conclusive sul concreto impatto della clausola di *sole remedy* all'interno dell'ordinamento nazionale, per comprendere se la pattuizione in discorso sia valida alla luce dei principi inderogabili del diritto italiano.

Con approccio empirico e applicativo su di uno schema contrattuale di centrale rilievo economico, l'indagine sarà dunque incentrata sul rapporto tra autonomia privata e norme materiali del nostro ordinamento; e la questione è estremamente delicata, poiché il contratto alieno è “sfacciato” e spesso contiene clausole che neppure prendono in considerazione i precetti fondamentali del diritto italiano.

CAPITOLO I

CONTRATTO DI ACQUISTO DI PARTECIPAZIONI
AZIONARIE E TUTELA DELL'ACQUIRENTE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le clausole di garanzia. – 3. I rimedi a disposizione dell'acquirente: le «*indemnities*». – 4. Il funzionamento delle clausole di *indemnity* e i limiti dell'autonomia privata. – 5. Il beneficiario dell'indennizzo. – 6. Natura delle clausole di *indemnity* per diritto italiano. – 7. Il rapporto tra *indemnity clause* e clausola penale. – 8. Le clausole di aggiustamento del prezzo: «*price adjustment clauses*». – 9. La clausola d'irrisolubilità espressa: «*exclusive remedy clause*».

1. Premessa.

Il «*sale and purchase agreement*» (o «*SPA*») è il contratto con cui una parte vende e una parte acquista una partecipazione in una società *target* che di norma è rappresentata da una società per azioni ⁽¹⁾. Nell'odierno contesto economico, esso rappresenta a livello internazionale uno degli strumenti più utilizzati per la realizzazione di molteplici forme di ristrutturazione e integrazione tra imprese.

Nel *sale and purchase agreement* il trasferimento delle azioni della *target* dall'alienante all'acquirente avviene in un momento successivo rispetto a quello della stipulazione del contratto vero e proprio. Come è noto, infatti, l'operazione di vendita delle partecipazioni è scissa in due fasi temporali tra loro distinte.

Perfezionato l'accordo e portate a termine le trattative preliminari, le parti stipulano un contratto con il quale disciplinano il trasferimento dei titoli azionari, il prezzo della compravendita, le obbligazioni rispettive nonché tutta una serie di complesse pattuizioni relative alle garanzie inerenti alla società trasferita ⁽²⁾. Questo momento prende il nome di «*signing*».

Successivamente, ha luogo l'esecuzione delle ulteriori formalità che permettono il perfezionamento del contratto stipulato. In tale mo-

⁽¹⁾ Così, G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2009, VI.

⁽²⁾ Così, L.G. PICONE, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, Milano, 1995, 2.

mento differito (definito «*closing*») si perfeziona la compravendita e l'acquirente subentra nel possesso dei titoli e nella gestione della società⁽³⁾.

La scissione in due fasi del trasferimento delle partecipazioni può avvenire mediante la fissazione di un termine per l'esecuzione successivo alla stipulazione ovvero, più comunemente, tramite la sottoposizione del contratto ad alcune condizioni sospensive⁽⁴⁾.

⁽³⁾ Così, L.G. PICONE, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, cit., 2, il quale aggiunge che «Solitamente il closing, e cioè il perfezionamento della compravendita, è subordinato al verificarsi di determinati eventi specificamente pattuiti dalle parti; in particolare, nelle more tra la stipulazione del contratto e il closing, il compratore avrà la facoltà di svolgere un'attività di verifica della situazione legale, patrimoniale, fiscale e finanziaria della società (c.d. «due diligence»), di talché eventuali discrasie, rispetto a quanto preventivamente dichiarato dal venditore nel contratto, potranno dare, se così pattuito, la facoltà al compratore di ridurre il prezzo della compravendita (c.d. «price adjustment»), mediante la compensazione delle rate di prezzo eventualmente ancora da versare ovvero mediante escussione di una garanzia prestata a nome del venditore a favore dell'acquirente da primario istituto bancario»; cfr. anche G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., 14 s., il quale rileva che il closing si riferisce «Per un verso all'esecuzione del contratto, per altro verso al "Purchase and Sale of the Shares" (acquisto/vendita delle azioni) e al contestuale "Payment of the Purchase Price" (pagamento del prezzo)»; sicché, in definitiva, il closing consisterebbe «In un insieme complesso di atti/attività tramite le quali l'acquirente da un lato ottiene il trasferimento delle azioni della target e dall'altro paga il prezzo». Con riferimento alla c.d. *due diligence*, cfr. L.G. PICONE, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, cit., 34, secondo cui tale attività può essere definita «Come un'attività conoscitiva di revisione e valutazione effettuata dall'acquirente – tramite professionisti specializzati – sulla società oggetto di acquisizione»; si tratterebbe, in particolare, «di un attento esame analitico di tutta la documentazione relativa alla società le cui azioni sono oggetto di contrattazione, volto a determinare il valore nonché «lo stato di salute» della società stessa»; cfr. altresì G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., 68, il quale precisa che «l'attività di Due Diligence può essere svolta prima della conclusione del Sale and Purchase Agreement (...) oppure dopo (nel qual caso si avrà una Due Diligence successiva che rileva anzitutto, come vedremo, nel caso di aggiustamento ritardato del prezzo (...) e per verificare il rispetto delle R&W»; quanto alla *due diligence* preventiva, lo stesso Autore aggiunge quanto segue: «Visto che viene realizzata prima della conclusione del SPA, è prevista in una scrittura precedente, normalmente la Letter of Intent, e ivi regolata. Il seller esprimerà l'intenzione di far esaminare la target al buyer e questi si dichiarerà intenzionato a svolgere l'analisi. Il seller dirà al buyer cosa intende lasciar vedere della target; il buyer dirà quale grado di riservatezza manterrà su quel che apprenderà; si potranno precisare i luoghi, i tempi e i modi in cui si intende svolgere la verifica, e così via».

⁽⁴⁾ Cfr. A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano, 2007, 147 s., in nt. 259, secondo cui «Il c.d. *deferimento del closing* è normalmente contemplato in clausole che determinano vere e proprie condizioni sospensive del contratto, e che possono essere del più vario contenuto (cc.dd. condizioni del closing, ma, più propriamente, condizioni del contratto), ovvero in clausole che fissano la data del closing e stabiliscono gli adempimenti, e le modalità degli stessi, cui le parti sono tenute direttamente al momento del closing»; nello stesso senso, E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia, in I contratti dell'industria, del commercio e del mercato finanziario*, a cura di F. Galgano, 1, Torino, 1995, 283 s.; G. ROSSI, *Le condizioni del closing*, in AA. VV., *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: materiali e clausole contrattuali*, a cura di F. Bonelli e M. De Andrè, Milano, 1990, 174; cfr. altresì G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., 193 s., il quale rileva che «Arrivate al momento del closing, le parti hanno interesse a che non ci sia alcuna incertezza sul loro rapporto contrattuale. Essendo questo il momento del trasferimento delle azioni e del pagamento del prezzo (...) per le parti è essenziale che tutto ciò che doveva accadere entro questa data si sia verificato e che sul punto ci sia estrema chiarezza per

Nell'intervallo temporale che separa il *signing* dalla *closing date*, è necessario che le parti adempiano ad alcune obbligazioni (c.d. «*covenants*») e che si verifichino le condizioni di efficacia cui è sottoposto il contratto (le «*conditions precedent*») ⁽⁵⁾. In caso contrario, infatti, il *closing* s'interrompe e l'operazione di trasferimento non può essere completata ⁽⁶⁾.

E' appena il caso di considerare, inoltre, che il periodo intercorrente tra la stipulazione del *sale and purchase agreement* e la sua esecuzione, da un lato consente all'acquirente di esaminare adeguatamente l'oggetto dell'acquisizione e il suo valore, ai fini della fissazione del prezzo che solitamente nel primo accordo non viene determinato in via definitiva; e dall'altro lato, permette al compratore di valutare quali garanzie pretendere, allorché egli si sia riservato la possibilità di ottenerne il rilascio al momento del *closing* ⁽⁷⁾.

Secondo alcuni autori ⁽⁸⁾, dunque, il differimento del *closing* a un momento successivo alla conclusione del contratto rappresenta un primo livello di tutela degli interessi dell'acquirente. Tutela completata grazie alla predisposizione di analitiche clausole di garanzia, nonché dalla predeterminazione dei rimedi cui le parti possono accedere in caso di violazione di queste ultime, di inesatto adempimento dei *covenants* ⁽⁹⁾ e di mancato avveramento delle *conditions precedent* ⁽¹⁰⁾.

entrambe. Proprio per questo motivo si prepara un documento nel quale si prevede una lista di "eventi" che devono essersi verificati".

⁽⁵⁾ G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., 200: "Le autorizzazioni amministrative o comunque autoritative necessarie per cedere la target integrano una condition precedent, non un covenant; tuttavia, anche se l'autorizzazione è un evento esterno che dipende da un terzo (l'autorità), il seller e/o il buyer devono attivarsi per il loro ottenimento. C'è comunque un profilo obbligatorio".

⁽⁶⁾ G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., 195.

⁽⁷⁾ A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 149: "Il closing è così rinviato ad un momento successivo, consentendo nel frattempo all'acquirente di procedere a verificare la veridicità e l'esattezza di tutte le informazioni e le dichiarazioni ricevute dall'alienante".

⁽⁸⁾ A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 150.

⁽⁹⁾ Cfr. A. STILTON, *Sales of Shares and Businesses: Law, Practice and Agreements*, London, 2006, 104: "The buyer will inevitably be concerned to protect the goodwill (the trade connection) of the business and would do whatever he can to make sure that its costumers (or, at least, those costumers which the buyer wish to retain) will continue to do business with it following the change of ownership. The buyer will therefore do whatever he can to make sure that the seller does not simply pocket the sale

Non può infatti trascurarsi che – secondo il costante orientamento di dottrina e giurisprudenza – oggetto del contratto di acquisizione di partecipazioni sociali sarebbero soltanto le azioni compravendute e non mai, nemmeno indirettamente, il patrimonio sociale della *target* ⁽¹¹⁾.

Questa è la ragione per cui, in assenza di una specifica regolamentazione contrattuale sulla situazione economico-patrimoniale della *target*, l'acquirente di un pacchetto azionario di controllo non dispone di rimedi legali idonei a tutelarla adeguatamente nel caso in cui riscontrasse dopo la conclusione del contratto una situazione patrimoniale e/o reddituale della società differente rispetto a quella che gli era stata rappresentata ⁽¹²⁾.

proceeds and then set up a competing business (or join a competitor) and take away the company's customer base. Accordingly, the sale and purchase agreement is likely to contain restrictive covenants in order to prevent the seller from doing so"; per un'analisi delle svariate tipologie di clausole che pongono veri e propri obblighi di condotta in capo al venditore, cfr. M. RUBINO DE RITIS, *Trasferimento di pacchetti azionari di controllo: clausole contrattuali e limiti all'autonomia privata*, in *Giur. comm.*, 6, 1997, 879.

⁽¹⁰⁾ Cfr. A. STILTON, *Sales of Shares and Businesses: Law, Practice and Agreements*, cit., 30: "It will often be advisable (and in many cases necessary) to obtain certain third party consents or approvals to a sale and purchase of a business"; G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., 199 ss.: "Nel common law, il rimedio tipico che si ha nel caso di mancato avveramento di una condition precedent è il medesimo che si ha in caso di breach of covenants. Per un verso, la parte che aveva interesse all'avveramento della condizione, la cui attesa e il cui affidamento è stato frustrato dal comportamento della controparte, può chiedere un risarcimento del danno alla controparte per non aver fatto tutto ciò che doveva. Per l'altro verso, sussistono i presupposti per la termination of the contract, lo scioglimento e l'uscita dal contratto"; relativamente a questi ultimi rimedi, l'Autore soggiunge tuttavia che essi "Potrebbero non essere affatto soddisfacenti per il buyer, il quale di solito non vuole che il contratto si sciogla e non si accontenta di un risarcimento essendo suo interesse primario acquistare la target".

⁽¹¹⁾ Sul punto, cfr. L.G. PICONE, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, cit., 56 s.: "I beni sociali sono infatti di esclusiva proprietà della persona giuridica, e la cessione delle azioni non tange tale rapporto di proprietà. Il singolo socio, proprietario delle azioni, non ha infatti alcun potere diretto sui beni sociali"; dello stesso avviso anche E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, cit., 257 ss.: "In applicazione del principio della personalità giuridica delle società e in considerazione della natura giuridica delle azioni, si ritiene che l'alienazione del pacchetto azionario, anche totalitario, di una società non comporti in nessun modo e non realizzi mai (nemmeno indirettamente) l'alienazione del patrimonio della stessa. Le circostanze attinenti la consistenza e la composizione del patrimonio della società e la sua redditività, anche se economicamente rilevanti e incidenti sull'ammontare del prezzo corrisposto, non si riflettono pertanto sull'identità delle azioni, né asurgono a qualità essenziali del pacchetto azionario: questo resta integro fintanto che rappresenti la partecipazione alla società, qualunque patrimonio le possa in ogni momento far capo"; di avviso parzialmente differente è V. SANGIOVANNI, *Compravendita di partecipazione sociale e garanzie del venditore*, in *Not.*, 2012, 2, 204, secondo cui "L'oggetto del contratto è rappresentato – direttamente – dalla partecipazione sociale (e solo indirettamente dalle attività e passività ricomprese nella partecipazione)".

⁽¹²⁾ Così, E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, cit., 257.

Invero, il *buyer* potrà fare ricorso ai rimedi previsti dal Codice Civile contro l'inadempimento, le sopravvenienze o i vizi e la mancanza di qualità solo ove questi riguardino direttamente le azioni trasferite; non, invece, quando gli stessi si riferiscano al patrimonio della *target* ⁽¹³⁾.

Obiettivo del presente capitolo è dunque illustrare il regime dei rimedi che la prassi negoziale è solita approntare a tutela dell'acquirente nell'ambito del trasferimento di partecipazioni azionarie di riferimento. A tale scopo, i paragrafi che seguono sono dedicati alla sintetica analisi della disciplina in tema di garanzie convenzionali nel *sale and purchase agreement*, nonché all'esame dei rimedi tipici che la contrattualistica internazionale predispone a favore del compratore per il caso di violazione delle *representations and warranties*.

2. Le clausole di garanzia.

Si è visto che, per le caratteristiche del bene oggetto di trasferimento, l'individuazione degli opportuni strumenti di tutela del compratore in caso di violazione delle garanzie concesse dal *seller* assume rilevanza centrale nell'ambito delle operazioni di alienazione della partecipazione azionaria di controllo ⁽¹⁴⁾.

Come detto, infatti, può accadere che una volta completata l'operazione di trasferimento delle partecipazioni sociali l'acquirente lamenti una minore consistenza patrimoniale, finanziaria o reddituale della *target* rispetto a quanto pattuito ⁽¹⁵⁾; e che, in un simile contesto, il *buyer*

⁽¹³⁾ L.G. PICONE, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, cit., 79; nonché E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, cit., 260 s..

⁽¹⁴⁾ Cfr. M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, Milano, 2006, 8 ss., secondo il quale questo sarebbe un problema comune ad altre ipotesi di contratti di compravendita, "In quanto può accadere che il bene oggetto del contratto non corrisponda alla rappresentazione che di tale oggetto ha il compratore".

⁽¹⁵⁾ Cfr. V. SANGIOVANNI, *Compravendita di partecipazione sociale e garanzie del venditore*, cit., 203, secondo cui "Avuto riguardo all'oggetto "mediato" della compravendita (attività e passività), è affermazione ricorrente quella secondo cui le disposizioni sulle garanzie nel contratto di vendita sono eccessivamente favorevoli all'acquirente e, per tale ragione, non particolarmente adatte all'ambito delle

non abbia alcuna tutela – salve ipotesi eccezionali – per il rischio di minusvalenze e sopravvenienze passive ⁽¹⁶⁾.

Per questa ragione, è del tutto usuale (e opportuno) che le parti inseriscano nel *sale and purchase agreement* specifiche e sofisticate clausole, volte a delimitare l'oggetto stesso del contratto e ad assicurare all'acquirente la tutela che questi non riceve dalle norme di legge ⁽¹⁷⁾; a semplificare la valutazione della difformità rilevate al fine di limitare al massimo l'eventuale discrezionalità di soggetti terzi; e a ridurre al minimo la necessità di agire in giudizio per far valere le proprie ragioni nei confronti della controparte ⁽¹⁸⁾. In particolare, le clausole di garanzia possono riguardare non solo la partecipazione compravenduta in sé e per sé, ma anche – e soprattutto – le caratteristiche sostanziali della società sottostante ⁽¹⁹⁾.

acquisizioni societarie. Nel contesto di queste operazioni è usuale cercare un maggiore equilibrio fra la posizione del venditore e quella del compratore".

⁽¹⁶⁾ Così, L.G. PICONE, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, cit., 79; dalla dottrina inglese, cfr. R. THOMPSON, *Sinclair on Warranties and Indemnities on Share and Asset Sales*, 7th Ed., London, 2008, 1, il quale rileva che, anche nei sistemi di *common law*, "The purchase of the share capital or business of a company receives very little protection under the law, if the bargain turns out to be not what was expected, unless there has been misrepresentation or fraud by the vendors. The concept is embodied in the somewhat dated Latin tag caveat emptor, which effectively means that it is for the purchaser to decide what protection it requires, and that it is not for the law to provide it (...). It is therefore customary for the purchaser of a private company or a business to receive some forms of assurance from the vendors as to the assets of the company or the business and, where the acquisition is of the shares of a company, as to the liabilities which attach to the target company".

⁽¹⁷⁾ Cfr. L.G. PICONE, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, cit., 81, il quale puntualizza che "Anzi, si può dire che ormai la redazione di un contratto di compravendita di pacchetto azionario sia del tutto incentrata nel contrasto che sorge tra interessi del venditore e interessi del compratore in merito alle garanzie da prestare: mentre da una parte, infatti, interesse del compratore è quello di inserire il maggior numero di clausole di garanzia in merito alla patrimonialità della società, dall'altra, per contro, interesse del venditore è quello di non dare alcuna garanzia, o comunque di garantire il meno possibile"; cfr. anche V. SANGIOVANNI, *Compravendita di partecipazione sociale e garanzie del venditore*, cit., 204, il quale rileva che "Con il contratto di compravendita di partecipazioni sociali il venditore fa il possibile al fine di limitare le garanzie che offre all'acquirente con riferimento alle attività e passività della società. Tale limitazione di garanzia, peraltro, è assoggettata a una precisa condizione di efficacia, dal momento che il patto con cui si esclude o si limita la garanzia non ha effetto se il venditore ha in mala fede taciuto al compratore i vizi della cosa (art. 1490, comma 2, c.c.)".

⁽¹⁸⁾ Cfr. B. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, cit., 274 s..

⁽¹⁹⁾ Cfr. F. BONELLI, *Giurisprudenza e dottrina su acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, in AA. VV., *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, cit., 24; sul punto, cfr. anche A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 278 s., il quale sottolinea che "La predisposizione di specifiche clausole contrattuali di garanzia è necessaria non solo per assicurare una completa e ampia rilevanza del patrimonio sociale nel trasferimento delle partecipazioni, ma anche per tutelare l'acquirente da alcune circostanze non direttamente riconducibili alla situazione

Con l'espressione di comodo «clausole di garanzia» si intendono “non solo e principalmente, le statuizioni con cui il venditore garantisce all'acquirente la bontà dell'acquisto (ad esempio sotto il profilo della evizione dei titoli, della qualità e della identità delle azioni), e quelle con cui descrive e garantisce al compratore la situazione patrimoniale e/o le prospettive reddituali della società (nonché ogni altro aspetto concernente la società o l'impresa dalla stessa esercitata, rilevante nella singola fattispecie contrattuale), ma anche gli stessi rimedi che le parti stabiliscono debbano conseguire al verificarsi o al riscontro di difformità rilevanti, prese, cioè, in considerazione nella clausola di garanzia” ⁽²⁰⁾.

Tali pattuizioni sono state mutate nel sistema italiano dalla tradizione giuridica dei paesi di *common law* e dalla prassi internazionale in materia di *mergers and acquisitions* ⁽²¹⁾, ove assumono la denominazione di «*representations and warranties*» ⁽²²⁾.

E' stato osservato che, tecnicamente, nel diritto anglosassone le *representations* non hanno natura contrattuale e costituiscono dichiarazioni precontrattuali rese da una parte su fatti esistenti prima della stipulazione del contratto di trasferimento delle azioni. Per converso, le *warranties*, costituiscono garanzie in senso stretto, ossia promesse di un contraente relative a eventi futuri ⁽²³⁾.

patrimoniale e finanziaria della società; per consentire alle parti di stabilire di comune accordo le conseguenze e i rimedi ricollegabili alla violazione delle medesime garanzie, in sostituzione del (o in aggiunta al) regime legale eventualmente applicabile”.

⁽²⁰⁾ Così, E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, cit., 277.

⁽²¹⁾ L.G. PICONE, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, cit., 81 s..

⁽²²⁾ Sul punto, cfr. E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, cit., 291, secondo la quale le *Representations and Warranties* si porrebbero un duplice scopo: “Anzitutto, quello di provocare una “rappresentazione” adeguata, da parte del venditore, della situazione della società le cui azioni sono oggetto di compravendita e di definire il quadro di riferimento della determinazione del prezzo; in secondo luogo, quello di trasferire a carico del venditore, entro i limiti convenuti, le responsabilità e i rischi conseguenti ad eventuali difformità rispetto alle garanzie prestate”.

⁽²³⁾ Così, L.G. PICONE, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, cit., 82; nonché G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., 29, il quale precisa che “Il termine “representation” potrebbe essere tradotto in italiano come “rappresentazione”: le representations sarebbero allora informazioni/dichiarazioni del venditore su come stanno le cose oggetto del contratto, per esempio sulla situazione della target”. Quanto al termine «warranty», invece, esso “Ha una sfumatura di significato diversa: concedendo una “warranty”, la parte non si limita a fare una dichiarazione o a dare delle informazioni, ma altresì garantisce che le cose sono così come le si dichiara”; sicché, “Le Repre-

Nei sistemi di *common law*, quindi, la violazione delle une o delle altre produce effetti diversi sul rapporto contrattuale. Da un lato, infatti, la *misrepresentation* può comportare la risoluzione del contratto (c.d. *re-scission*, come effetto della responsabilità extracontrattuale del venditore) in modo da rimettere le parti nella loro situazione precontrattuale ⁽²⁴⁾; dall'altro lato, il *breach of warranty* fa sorgere soltanto il diritto del *buyer* al risarcimento del danno ⁽²⁵⁾.

La prassi internazionale ha tuttavia recepito le *representations and warranties* senza distinguere le une dalle altre, valendo esse genericamente come “garanzie” del venditore sullo stato patrimoniale della società ⁽²⁶⁾.

Come rilevato da alcuni autori ⁽²⁷⁾, non è agevole redigere un elenco delle specifiche garanzie che si è soliti rinvenire nel *sale and purchase agreement*, poiché la prassi evidenzia notevoli differenze a seconda del grado di competenza dei consulenti che assistono le parti e della necessità o meno dei contraenti di portare a termine rapidamente la negoziazione.

Ciò nonostante, per fini classificatori, di norma si è soliti distinguere tali clausole in relazione al loro contenuto e, al riguardo, avremo garanzie legali («*legal warranties*») e garanzie patrimoniali («*business warranties*»).

sentations sono delle dichiarazioni mentre le Warranties sono delle garanzie. Sennonché la distinzione tra una dichiarazione e una garanzia è in concreto tutt'altro che semplice, tant'è che nella prassi si usa una formula che le accomuna e si parla insieme di Representations and Warranties, normalmente usando la sigla 'R&W'.

⁽²⁴⁾ Cfr. P.S. ATIYAH, *Introduction to the Law of Contract*, 6th Ed., London, 2005, 254 ss.

⁽²⁵⁾ Cfr. E. PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 13th Ed., London, 2013, 891: “Once a term is classified as a warranty, than a claim for damages was the only remedy for its breach”; sul punto, cfr. altresì R. PISTORELLI, *Le garanzie “analitiche” sulle voci della situazione patrimoniale di riferimento*, in AA. VV., *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, cit., 155.

⁽²⁶⁾ Sul punto, cfr. R. PISTORELLI, *Le garanzie “analitiche” sulle voci della situazione patrimoniale di riferimento*, in AA. VV., *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, cit. 159; sul punto, cfr. altresì L.G. PICONE, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, cit., 82, il quale ha osservato che, al giorno d'oggi, “La contrapposizione tra le due tipologie di pattuizioni sia scomparsa e che nella prassi i due termini vengano utilizzati come una vera e propria endiadi per significare l'insieme di garanzie prestate dal venditore in merito alla situazione patrimoniale e reddituale della società. Inoltre, in caso di violazione delle representations and warranties, vengono ormai applicati gli stessi rimedi”.

⁽²⁷⁾ V. SANGIOVANNI, *Compravendita di partecipazione sociale e garanzie del venditore*, cit., 203.

In particolare, le prime si riferiscono alle caratteristiche proprie delle partecipazioni trasferite o a circostanze comunque a esse direttamente collegate (come, ad esempio, la loro libera trasferibilità e i diritti di voto da esse rappresentati) ⁽²⁸⁾. Le seconde, invece, afferiscono alla situazione patrimoniale della società, al risultato economico degli esercizi di riferimento, all'esattezza dei dati indicati nell'ultimo bilancio sociale, alla libera proprietà dei beni costituenti il patrimonio della società, alla redditività della società ⁽²⁹⁾.

A loro volta, queste ultime si suddividono in «sintetiche» ⁽³⁰⁾ e «analitiche» ⁽³¹⁾, in base al grado di dettaglio con cui disciplinano le circostanze che sono chiamate a regolare.

Tanto premesso, è bene ora osservare che se le *representations and warranties* prestate dal venditore rappresentano l'elemento centrale di un contratto di vendita di partecipazioni azionarie, l'individuazione dei diritti e rimedi esperibili dal compratore in ipotesi di difformità rispetto alle stesse ne costituisce l'indispensabile completamento ⁽³²⁾.

⁽²⁸⁾ Sul punto, cfr. A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 332 ss.

⁽²⁹⁾ L.G. PICONE, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, cit., 83.

⁽³⁰⁾ Cfr. P. CASELLA, *I due sostanziali metodi di garanzia al compratore*, in AA. VV., *Acquisizioni di pacchetti azionari di riferimento*, cit., 137: “Le garanzie sintetiche sono quelle clausole di garanzia di carattere generale con cui il venditore si impegna a rifondere al compratore eventuali differenze negative nel patrimonio della società rispetto a quanto risultante dai bilanci o dalla situazione patrimoniale predisposta in occasione del trasferimento”; cfr. altresì L.G. PICONE, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, cit., 84: “In pratica, con esse il venditore garantisce al compratore esclusivamente l'esistenza di un determinato netto patrimoniale nonché la verità, la chiarezza e la precisione della situazione patrimoniale e del bilancio allegati al contratto”.

⁽³¹⁾ Cfr. L.G. PICONE, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, cit., 83: “Le clausole analitiche, per contro, sono quelle garanzie con cui il venditore assicura non tanto un netto patrimoniale quanto una serie di singole e specifiche previsioni in merito alle singole poste di bilancio. In pratica, con tali garanzie, che possono riguardare gli aspetti più vari, il venditore indica specificamente – con allegati al contratto- eventuali situazioni che possano dare adito a passività, assumendosi l'obbligo di rifondere all'acquirente tutte le ulteriori passività che si possono manifestare in capo alla società che siano state espressamente dichiarate dal venditore. Ad esempio, il venditore garantisce che la società è proprietaria di determinati beni indicati in allegato; la sussistenza nel bilancio di singole poste attive e passive; ovvero che non esistono azioni legali di terzi, salvo quanto indicato in uno specifico allegato ecc.”.

⁽³²⁾ Così, S. EREDE, *Durata delle garanzie e conseguenze della loro violazione*, in AA. VV., *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, cit., 199; nello stesso senso anche L.G. PICONE, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, cit., 104, secondo il quale “Le clausole di garanzia costituiscono soltanto una parte della tutela contrattuale dell'acquirente in merito al valore patrimoniale della società le cui azioni sono oggetto della acquisizione. La tutela è, infatti, completata, soltanto con l'inserimento nel contratto della c.d. «clausola di indemnity»”.

3. I rimedi a disposizione dell'acquirente: le «*indemnities*».

Come detto, può accadere che successivamente al perfezionamento del contratto il *buyer* venga a conoscenza di fatti relativi all'azienda che non erano stati rappresentati durante la fase delle trattative; ovvero che la situazione economico-patrimoniale dichiarata dal venditore si dimostri in realtà insussistente; oppure ancora, che la società acquisita subisca accertamenti da parte delle autorità oppure sia soggetta a pretese di risarcimento per aver cagionato danni all'ambiente o a terzi ⁽³³⁾.

A tal riguardo, le garanzie convenzionali avrebbero la duplice funzione di fornire all'acquirente un quadro quanto più fedele possibile della situazione complessiva della *target*; e di trasferire in capo al venditore le conseguenze di passività che dovessero eventualmente emergere in capo alla società acquisita ⁽³⁴⁾.

Appare di conseguenza ragionevole che, ove le dichiarazioni rilasciate dal *seller* si rivelassero inesatte, il complesso sistema di garanzie elaborato dai contraenti risulti integrato dall'utilizzo di apposite pattuizioni con cui le parti del *sale and purchase agreement* regolano le conseguenze derivanti da una eventuale divergenza tra quanto garantito dal venditore e l'effettiva consistenza patrimoniale della società, definendo i rimedi ricollegabili alla violazione delle *representations and warranties* ⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ L.G. PICONE, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, cit., 55 s..

⁽³⁴⁾ D. PROVERBIO, *Le clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, Milano, 2000, 82.

⁽³⁵⁾ Cfr. L.G. PICONE, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, cit., 105: "Più precisamente, si tratta del rimedio, pattiziamente stabilito dalle parti, all'eventuale "violazione" delle garanzie da parte del venditore"; nonché A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 477 ss, secondo cui: "Con tali clausole le parti definiscono e regolano le conseguenze e le obbligazioni dell'alienante che discendono dalla violazione delle garanzie patrimoniali, finanziarie e reddituali da quest'ultimo concesse, fornendo un quadro, il più completo possibile, dei rimedi e delle linee di condotta cui i contraenti possono e devono fare ricorso per una corretta esecuzione del contratto"; inoltre, tali clausole sarebbero "dirette a regolare convenzionalmente le conseguenze della violazione delle garanzie fornite dall'acquirente e a chiarire in particolare le modalità di attivazione delle stesse"; pertanto, esse rappresenterebbero "il perfetto completamento e l'integrazione ideali delle *representations and warranties*".

Con termine traslato dalla prassi internazionale ⁽³⁶⁾, queste clausole prendono il nome di «*indemnities*» ⁽³⁷⁾ e la loro funzione è quella di “ricostituire gli equilibri contrattuali alterati in seguito alle inesatte dichiarazioni dell’alienante o al verificarsi di alterazioni della situazione economica della società rappresentata nel contratto” ⁽³⁸⁾.

Mediante le *indemnity clauses*, quindi, il *seller* si impegna a tenere indenne l’acquirente da ogni difformità accertata rispetto a quanto rappresentato nel *sale and purchase agreement*. In particolare, tale obbligazione si articola tipicamente nella enunciazione di tre principali doveri di manleva.

⁽³⁶⁾ Dalla dottrina inglese, cfr. R. THOMPSON, *Sinclair on Warranties and Indemnities on Share and Asset Sales*, London, 2005, 21: “*The remedy which is normally sought by a purchaser where there is a breach of warranty is compensation by the payment of damages. The measure of damages will be determined on the normal principles of contract law or, if the claim is based on misrepresentation, on the rules relating to claims in tort*”; A. STILTON, *Sales of Shares and Businesses: Law, Practice and Agreements*, cit., 138: “*If the seller agrees to indemnify the buyer against a particular set of circumstances and those circumstances arise, then (provided that the indemnity is sufficiently widely drawn) the buyer can require the seller to compensate him for all of the loss which he suffers as a result of the circumstances in question*”; tra gli autori italiani, invece, cfr. E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, cit., 334, in nt. 169, la quale, con riferimento al termine *indemnity*, osserva che “*nella common law il contract of indemnity (contratto di tipo assicurativo) è diretto a «save the promisee harmless», cioè tenere il promissario indenne da responsabilità diretta verso terzi (di natura contrattuale o extracontrattuale); si accorda, perciò con tale espressione quella di «hold harmless», che è tipica delle formulazioni delle clausole di indemnity nelle compravendite internazionali di pacchetti azionari*”.

⁽³⁷⁾ L.G. PICONE, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, cit., 82; secondo E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, cit., 334, da punto di vista terminologico, esse possono “*trovarsi, quali clausole a sé, rubricate sotto i termini di «indemnities», «indemnification», «claims» (utilizzando così la terminologia internazionale), oppure di «indennizzi», «risarcimento», «obblighi conseguenti alle garanzie prestate», ecc., nei contratti interni*”; sul punto, l’Autrice rileva altresì come “*Il termine anglosassone claim non ha un equivalente univoco nel nostro diritto; esso può indicare infatti, nella common law, il diritto di un soggetto nei confronti di un altro soggetto ad ottenere un remedy o un relief (cioè dei risarcimenti o indennizzi in senso atecnico); lo stesso diritto al risarcimento od all’indennizzo può essere; la richiesta o il reclamo con cui è fatto valere il diritto stesso. Molto spesso nella contrattualistica, il termine claim è utilizzato nell’ultimo descritto significato, per indicare i mezzi e le modalità specifiche di comunicazione al venditore delle difformità rilevanti riscontrate in capo alla società*”.

⁽³⁸⁾ Così, A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 481; cfr. nello stesso senso D. PROVERBIO, *Le clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, cit., 82, secondo cui “*Le clausole di garanzia e di indennizzo sono funzionalmente collegate, le seconde essendo finalizzate a ristabilire l’equilibrio tra prezzo e valore della partecipazione, così come concordato sulla base della descrizione della società fornita dalle prime. Representation, warranties e indemnities formano un corpus pattizio complementare a quello tipico di un contratto di acquisizione di partecipazione sociale: tale corpus rappresenta un vero e proprio contratto atipico e collegato al contratto di compravendita strettamente inteso*”; si segnala, altresì, l’opinione di E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, cit., 333, secondo cui le *indemnities* costituirebbero “*Mezzi di tutela preventivi, e alternativi, all’esperimento di azioni giudiziali (naturalmente entro i limiti e con il concorrente operare delle norme e dei rimedi di legge eventualmente azionabili o richiamabili nella concreta fattispecie*”; S. EREDE, *Durata delle garanzie e conseguenze della loro violazione*, cit., 200.

Il primo riguarda le passività attuali o potenziali esistenti alla data del bilancio garantito dal venditore con il contratto, o comunque derivanti da fatti o circostanze verificatesi anteriormente alla relativa data di riferimento e non risultanti dal medesimo. L'obbligo può riferirsi a qualsiasi passività comunque sopravvenuta oppure essere limitato alle passività non iscritte che avrebbero dovuto esserlo in base a corretti principi contabili ⁽³⁹⁾.

Il secondo obbligo, invece, attiene alle insussistenze o alle minusvalenze di poste attive (al netto di eventuali poste correttive iscritte al passivo), in particolare per quanto riguarda scorte e crediti.

Il terzo, infine, si riferisce ai costi o danni sofferti in dipendenza di eventuali difformità rispetto alle garanzie prestate ⁽⁴⁰⁾.

E' bene precisare, in ogni caso, che tale illustrazione è meramente esemplificativa e che a queste ipotesi possono ben aggiungersene altre ⁽⁴¹⁾. Per converso, non è detto che la clausola di *indemnity* si articoli sui tre obblighi appena esaminati, poiché può accadere che le parti si limiti-

⁽³⁹⁾ S. EREDE, *Durata delle garanzie e conseguenze della loro violazione*, in AA. VV., *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, cit., 200: "La differenza tra queste due ipotesi è ovviamente sostanziale, non solo sul piano economico, ma anche sotto il profilo giuridico. Nella prima ipotesi la responsabilità del venditore sembra atteggiarsi come «responsabilità senza colpa»; nella seconda, invece, il venditore è chiamato a rispondere per effetto della mancata o inesatta applicazione dei principi contabili convenuti".

⁽⁴⁰⁾ S. EREDE, *Durata delle garanzie e conseguenze della loro violazione*, in AA. VV., *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, cit., 200 s; in conclusione, secondo l'Autore, la *indemnity* comporterebbe alcune rilevanti conseguenze: "In primo luogo, all'obbligo di indennizzo del venditore corrisponde un eguale diritto del compratore, essendo tale indennizzo rapportato alla percentuale del capitale sociale rappresentato dalla partecipazione compravenduta. Tuttavia, nei casi in cui tale partecipazione corrisponda all'intero capitale, è possibile che l'indennizzo dovuto sia corrisposto direttamente alla società che ha emesso le azioni che sono oggetto della compravendita; in secondo luogo, se la clausola è avvedutamente redatta, il risarcimento del danno conseguente alle difformità verificatesi non si riferisce tanto al danno subito dal compratore, quanto a quello sofferto dalla società che non si sarebbe verificato ove le garanzie prestate fossero state conformi al vero; inoltre, se corrisposto al compratore, l'indennizzo è talora commisurato all'importo della passività sopravvenuta, della insussistenza o minusvalenza attiva o del danno subito, al netto dell'effetto fiscale che ne deriva in capo alla società".

⁽⁴¹⁾ Cfr. S. EREDE, *Durata delle garanzie e conseguenze della loro violazione*, cit., 201, secondo il quale "E' certamente ipotizzabile che alla garanzia di redditività implicita nella garanzia di bilancio (inteso in senso tecnico e pertanto comprensivo del conto economico) si colleghi un obbligo di pagamento di un importo pari al prodotto delle eventuali differenze reddituali per il moltiplicatore utilizzato ai fini della determinazione del prezzo. Altre ipotesi di manleva possono convenirsi in funzione di particolari finalità perseguite con la acquisizione. Per esempio, quando si usava acquistare società in funzione delle loro perdite fiscali, era normale chiedere ed ottenere una garanzia in merito all'entità ed anzianità di tali perdite, e non inusuale prevedere un indennizzo predeterminato per il caso di difformità rispetto alla garanzia così prestata".

no a prevedere l'obbligo di manleva per le sole insussistenze attive e le sopravvenienze passive riscontrate all'esito della *due diligence*, senza prevedere alcun obbligo residuale per eventuali perdite e danni ulteriori ⁽⁴²⁾.

Ancora, in altre ipotesi può rinvenirsi unicamente una clausola di chiusura del tutto generale e generica che obbliga il venditore a indennizzare l'acquirente per tutti i danni, costi e pregiudizi che il *buyer* subisca per effetto della violazione delle clausole contrattuali ⁽⁴³⁾.

Giova infine sottolineare che grande attenzione deve essere riposta anche nell'individuazione del momento esatto in cui si devono ritenere verificati l'inadempimento o l'evento condizionante idonei a far scattare l'obbligo di indennizzo ⁽⁴⁴⁾.

4. Il funzionamento delle clausole di *indemnity* e i limiti dell'autonomia privata.

Quanto al funzionamento delle *indemnities*, è bene premettere che in rari casi il venditore di un *sale and purchase agreement* è disponibile a offrire garanzie senza limitazione alcuna; viceversa, è frequente che le

⁽⁴²⁾ Cfr. A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 481; nonché E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, cit., 335, la quale rileva che i contratti possono prevedere “Soltanto l'obbligo di manleva per le minusvalenze attive e le sopravvenienze passive che si debbano riscontrare in capo alla società, senza contemplare l'obbligo residuale per le altre perdite e per i danni «diversi» dalle minusvalenze attive e sopravvenienze passive”.

⁽⁴³⁾ Cfr. E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, cit., 335.

⁽⁴⁴⁾ L.G. PICONE, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, cit., 105: “E' chiaro che è difficile ridurre ad unita una clausola che si riferisce contemporaneamente a fattispecie talmente diverse tra di loro, come sono le disposizioni inserite nelle *representations and warranties*. Ma vi è di più: per ogni singola fattispecie è difficile individuare con precisione che così si intenda per *breach of warranty*, e pertanto individuare con precisione il momento in cui scatti la garanzia e il compratore acquisti un diritto soggettivo all'indennità (...). Ma vi è ancora di più: con l'*indemnity* il venditore si obbliga a pagare la somma equivalente alle minusvalenze non dichiarate della società, ovvero al risarcimento di costi o danni sofferti in dipendenza di eventuali difformità rispetto alle garanzie prestate. In questo caso, ci si chiede come sia possibile quantificare il danno causato dalla difformità di ogni singola garanzia (ad esempio se i libri contabili non sono stati regolarmente vidimati); in relazione a quale momento si debba calcolare tale danno; chi sia il soggetto imputato a calcolare tale danno patito dall'acquirente. Tutte queste problematiche nascono dall'onnicomprendività della clausola di *indemnity*, nonché dal fatto che si tratta di meccanismo di tutela prettamente pattizio, privo di alcun riferimento normativo”.

parti accompagnino gli obblighi di manleva o di risarcimento del danno sopra illustrati con previsioni che stabiliscono limitazioni temporali e quantitative, al fine di definire e circoscrivere l'impegno indennitario del *seller* ⁽⁴⁵⁾.

Per quanto riguarda i limiti temporali delle garanzie, le parti possono prevedere clausole che precisano il periodo di tempo entro il quale si devono essere verificati ⁽⁴⁶⁾ i fatti e gli atti che sono causa efficiente delle minusvalenze e delle sopravvenienze nonché comunque dei danni derivanti alla società o all'acquirente, e il termine entro il quale gli effetti dannosi debbano emergere in capo alla società, affinché il venditore ne debba rispondere ⁽⁴⁷⁾.

In assenza di un'apposita disciplina convenzionale, infatti, rimarrebbe incerta la durata effettiva della garanzia prestata dall'alienante e vi sarebbe il rischio che l'acquirente sottoponga il *seller* a continue richieste di pagamento, di rinegoziazione o di risoluzione del contratto, sotto la minaccia di avvalersi delle garanzie per ottenere l'indennizzo ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. V. SANGIOVANNI, *Compravendita di partecipazioni sociali e garanzie del venditore*, cit., 210.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. anche A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 496, secondo cui "E' opportuno che nel contratto sia precisato quando l'evento detto in garanzia possa considerarsi verificato ai fini dell'attivazione della garanzia stessa"; ciò, in quanto "La giurisprudenza arbitrale ha, infatti, talora ritenuto che entro il termine indicato in contratto "deve essersi manifestato il rischio di una sopravvenienza passiva, rispetto alla quale debba operare la pattuita garanzia", essendo invece irrilevante il "definitivo accertamento dell'ammontare della sopravvenienza stessa"; il riferimento è a Collegio arb., 7 novembre 1989, in *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di F. Bonelli e M. De Andrè, Milano, 1990, 38.

⁽⁴⁷⁾ Così, E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, cit., 343; cfr. anche A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 496, il quale puntualizza che la durata delle clausole di garanzia e dei relativi strumenti indennitari può variare molto a seconda degli interessi delle parti nel caso concreto. Le parti possono infatti prevedere che le clausole di garanzia e indennizzo abbiano una durata di un certo numero di mesi (o anni) dalla conclusione del *sale and purchase agreement* oppure dal *closing*; oppure, ancora, è possibile pattuire che le garanzie siano efficaci fino a una data determinata; si tratterebbe, invece di "Termini che variano anche in considerazione del differente contenuto delle clausole di garanzia e delle voci oggetto di indennizzo, per meglio adattarsi alle esigenze e agli interessi delle parti coinvolte nell'intera operazione"; l'Autore precisa infatti che "per quel che riguarda le passività e le sopravvenienze di carattere tributario, previdenziale e ambientale, è prevista, solitamente una durata maggiore, commisurata ai termini di prescrizione delle relative azioni esperibili nei confronti della società. Per quanto riguarda invece le passività di diversa natura, l'individuazione dei termini di operatività del relativo obbligo di indennità è solitamente affidata all'autonomia negoziale delle parti".

⁽⁴⁸⁾ Così, M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., 316.

Per queste ragioni, l'ampia esposizione del venditore alle richieste indennitarie dell'acquirente – che potrebbero essere avanzate anche molti anni dopo la data del *closing* – rende necessaria la previsione di limiti temporali chiari e precisi ⁽⁴⁹⁾.

Oltre alla previsione di tali pattuizioni, i contraenti possono prevedere clausole con cui si pongono a carico del *buyer* termini convenzionali per dare comunicazione all'alienante delle difformità, delle circostanze e dei fatti idonei a rendere operativo l'obbligo d'indennizzo («*notice of claim*») ⁽⁵⁰⁾. Il tutto, evidentemente, allo scopo di circoscrivere ulteriormente l'impegno del venditore ⁽⁵¹⁾.

Oltre a ciò, in quasi tutti i contratti di acquisizione di partecipazioni azionarie sono previste limitazioni quantitative minime e massime agli obblighi indennitari del *seller* nei confronti del compratore.

Il contratto di trasferimento può così prevedere franchigie di una somma predeterminata o di una certa percentuale (il c.d. «*basket amount*» o «*floor*» oppure ancora «*threshold*») al di sotto delle quali le eventuali difformità riscontrate rispetto alla situazione patrimoniale e fi-

⁽⁴⁹⁾ Cfr. A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 495, il quale precisa, tuttavia, che la predisposizione di tali termini non comporta la determinazione né di una prescrizione né di una decadenza convenzionali, quanto di una delimitazione temporale del periodo entro il quale devono verificarsi gli eventi che determinano il sorgere dell'obbligo di indennizzo; tale principio è stato confermato da una pronuncia del Tribunale di Milano, 26 febbraio 2001; in senso contrario, nella giurisprudenza arbitrale, Collegio arb., 7 dicembre 1995 (pres. Pescatore, arb. Gabrielli, arb. Zanchini), in *Riv. arb.*, 1996, 789.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, cit., 344: «Tra le ricordate previsioni rientrano anche quelle, assai frequenti, secondo cui l'acquirente deve informare «subito», o «immediatamente», o «tempestivamente», il venditore di quanto emerso o preteso»; cfr., però, A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 495, il quale sottolinea che «E' preferibile, accanto ad una previsione di carattere generale (comunicazione in tempi ragionevoli) prevedere comunque un termine in cui l'alienante debba in ogni caso essere informato»; secondo M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., 318: «Pure in mancanza di tale clausola il compratore sia tenuto ad informare il cedente entro un termine ragionevole ai sensi dell'art. 1375 c.c.: l'onere di immediata comunicazione deve ritenersi un carattere proprio delle garanzie, perché il venditore non ha (in molti casi) la possibilità di influenzare la realizzazione dell'evento, ma deve essere messo in grado di conoscere immediatamente il suo verificarsi per limitarne le conseguenze»; al punto che «Nell'ipotesi in cui l'informazione in merito all'esistenza di un claim non venga tempestivamente comunicata, il compratore rischia dunque la riduzione dell'indennizzo, salva l'ipotesi di dolosa omissione, nel qual caso la conseguenza è la decadenza dal relativo diritto (arg. ex art. 1915 c.c.)».

⁽⁵¹⁾ Cfr. A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 498.

nanziaria della società rappresentata e garantita nel contratto devono considerarsi irrilevanti ⁽⁵²⁾.

Inoltre, la franchigia è spesso collegata a un'ulteriore soglia minima (c.d. «*de minimis*»), con la quale le parti stabiliscono che possa considerarsi importo oggetto di indennizzo (che vale ad «abbattere» la franchigia) solo quel singolo importo, avente a riferimento una data clausola analitica, che oltrepassa la soglia minima ⁽⁵³⁾.

Allo stesso modo, i contraenti possono anche introdurre clausole che stabiliscono un limite massimo alla risarcibilità del danno complessivo derivante dalla violazione delle garanzie, ossia un tetto (c.d. «*cap*» o «*ceiling*») al di sopra del quale nessun indennizzo è dovuto al compratore ⁽⁵⁴⁾.

E' stato osservato che nel predisporre tali pattuizioni i contraenti dovrebbero rispettare i limiti di cui all'art. 1229 cod. civ., in quanto si tratterebbe di clausole che determinano una limitazione della responsabi-

⁽⁵²⁾ Cfr. A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 501; cfr. anche M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., 318, secondo il quale «Con la clausola di franchigia si intendono escludere aggiustamenti del prezzo e/o obblighi di indennizzo per le difformità rispetto alla situazione patrimoniale di riferimento o inferiori ad una cifra prefissata o ad una percentuale prefissata (riferita, volta a volta, a diverse voci del bilancio garantito). La franchigia può risultare assoluta (al suo superamento il venditore è tenuto solo a versare l'ammontare eccedente) o relativa (al suo superamento il venditore è obbligato a versare l'intera somma)».

⁽⁵³⁾ Così, M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., 322; cfr. altresì A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 501 s.; cfr. anche G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., 211, secondo cui la clausola *de minimis* «Specifica un ammontare, una somma che funge da limitazione minima del danno risarcibile: se il danno complessivamente considerato non supera tale somma minima, non si potrà chiedere il risarcimento al venditore; fissa quindi una soglia di operatività della responsabilità»; tra gli autori inglesi, R. THOMPSON, *Sinclair on Warranties and Indemnities on Share and Asset Sales*, cit., 349: «To avoid the convenience of trivial claims, it has been custom for the vendors to require, and for the purchaser to accept, that small claims are completely excluded and that claims should not be brought unless their values exceeds a specified floor. Trivial claims are usually referred to as *de minimis* and the floor as a "threshold" or "basket"».

⁽⁵⁴⁾ Cfr. M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., 318, «Con le clausole di cap, invece, le parti concordano un limite massimo alle obbligazioni di indennizzo, al di sopra del quale nessun importo sarà dovuto al venditore. Anche a tal riguardo, sarà opportuno specificare se il limite si applichi a ciascun claim del compratore riferito a una clausola o all'importo complessivo, e se vi siano diversi cap che hanno a riferimento diverse clausole»; R. THOMPSON, *Sinclair on Warranties and Indemnities on Share and Asset Sales*, cit., 351: «The vendors commonly seek a ceiling (or a "cap") on their liability under the warranties and tax covenant. This is usually fixed at the amount of the consideration paid for the target company or business. Some vendors find it extraordinarily hard to accept that they could be in the unenviable position of having sold their company, there being a substantial warranty or other claim (such that they have to hand back all or a substantial part of the consideration they have received) and yet at no point do they get their company back».

lità del debitore – ossia dell’alienante – il quale garantisce certe circostanze relative alla situazione patrimoniale e finanziaria della società ⁽⁵⁵⁾.

A tali rilievi è però agevole replicare che non sempre la prestazione di garanzia del venditore dipende da un comportamento del garante rilevante ai sensi del 1229 cod. civ., e che la eventuale violazione della clausola non scaturisce necessariamente da un inadempimento dell’alienante; in molti casi, infatti, l’obbligo di indennizzo assunto dal *seller* non può che configurarsi come assunzione del rischio, che mal si presta a una qualificazione e a una valutazione in termini di dolo o colpa grave di cui all’art. 1229 cod. civ. ⁽⁵⁶⁾.

Sul punto, si segnala infine l’opinione di chi ha rinvenuto nei testi contrattuali presi in esame la previsione – ulteriore o alternativa – di una clausola risolutiva espressa, che predetermina le clausole di garanzia o le altre statuizioni contrattuali al cui inadempimento il compratore possa senz’altro fare conseguire il rimedio risolutorio ⁽⁵⁷⁾. Al riguardo, tuttavia, si evidenzia che nell’ambito delle operazioni di trasferimento di pacchetti azionari la risoluzione del contratto rappresenta un rimedio tendenzialmente inopportuno, al quale si dovrebbe fare preferibilmente ricorso solo in circostanze particolarmente gravose per l’acquirente, nelle quali il suo interesse per le partecipazioni acquisite risulti fortemente pregiudicato ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., 211, il quale però puntualizza che “*Il discorso è più delicato se si fa riferimento alle clausole di garanzia a termine cioè che prevedono una determinata durata della garanzia, perché non c’è una durata standard rispetto alla quale una durata minore possa essere considerata come limitazione della responsabilità del seller (...). D’altra parte, il seller potrebbe sostenere che la copertura per tot anni non rappresenta una limitazione della garanzia rispetto a una copertura maggiore, ma è semplicemente la determinazione della garanzia che le parti hanno pattuito. Una cosa è limitare, un’altra è definire*”; D. PROVERBIO, *Le clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, 87, in nt. 6; nonché L. PONTI - N. MASETTI, *La vendita garantita delle partecipazioni sociali*, cit., 361, in nt. 26.

⁽⁵⁶⁾ A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 502 s, il quale ritiene invece più dubbio il caso di garanzie e indennizzi dipendenti da inadempimento del venditore, per i quali il discorso è più delicato.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, cit., 335.

⁽⁵⁸⁾ A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 481; gli eventi di particolare gravità che possono essere causa di risoluzione del contratto sono generalmente previsti da una pattuizione intitolata «*Material Adverse Change clause*» o «*Material Adverse Effect clause*»; secondo M.

Sul punto si avrà modo di tornare nel corso del presente lavoro (cfr. *infra* cap. I, § 9, pagg. 36 ss.).

5. Il beneficiario dell'indennizzo.

Circostanza comune a ogni possibile formulazione di *indemnity clause* è la principale previsione dell'obbligo del venditore di corrispondere, a titolo di indennizzo, la somma predeterminata nel *sale and purchase agreement* o, più frequentemente, una somma pari alla sopravvenienza passiva riscontrata in capo alla società al termine dell'operazione di trasferimento ⁽⁵⁹⁾.

Occorre a questo punto interrogarsi su chi sia l'effettivo destinatario della prestazione del *seller*.

Al fine di evitare contestazioni, le parti ritengono di norma opportuno prevedere espressamente nel contratto se l'indennizzo dovuto, a causa della mancata conformità rispetto alle garanzie prestate, debba essere corrisposto a favore dell'acquirente delle partecipazioni sociali oppure della società i cui titoli sono compravenduti ⁽⁶⁰⁾.

Per quanto si possa essere portati a ritenere che la prestazione debba andare a favore dell'acquirente, è stato rilevato che spesso le parti

SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., 350, con tale previsione "Viene attribuito al compratore, per il caso in cui si verificano mutamenti rilevanti e imprevedibili (ad es. perdite improvvise della società; riduzione del margine operativo; ecc.), non tanto un diritto di pretendere un adeguamento del contratto o a rinegoziazione del medesimo, quanto un diritto di recesso dall'accordo. Se la situazione patrimoniale o aziendale della società ha subito rilevanti effetti negativi, l'acquirente vuole infatti avere la possibilità di «uscire» dal contratto"; A. STILTON, *Sale of Shares and Businesses: Law, Practice and Agreements*, cit., 170, secondo cui la MAC clause "Would give the buyer the right to walk away from the transaction if, before completion, there is a material adverse change in the business in question or its financial position, profits or prospects (...). This is, however, one of the warranties which the seller will be reluctant to repeat on the basis that it relates to matter outside his control. The seller is likely to argue that the buyer should instead rely on the seller's covenants regarding the conduct of the business down to completion".

⁽⁵⁹⁾ Cfr. A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 485.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., 308.

prevedono che l'importo risarcitorio sia corrisposto direttamente alla *target* ⁽⁶¹⁾.

Ove le parti convengano che l'eventuale indennizzo debba essere destinato alla società trasferita, la pattuizione potrebbe configurarsi come patto «a favore del terzo», ai sensi degli artt. 1411 ss. cod. civ. ⁽⁶²⁾; ovvero come «patto con prestazione a favore del terzo» o ancora «a favore di terzo con efficacia interna», poiché le parti non hanno in realtà alcuna intenzione di attribuire alla società dei diritti. Diversamente, infatti, il cessionario intende rimanere l'unico competente a rendere operativa la garanzia d'indennizzo, anche nel caso in cui quest'ultimo debba poi essere versato nelle casse della società le cui azioni sono oggetto di compravendita ⁽⁶³⁾.

In questo senso, è stato sostenuto che, se la funzione principale delle clausole di garanzia fosse effettivamente quella di predisporre un meccanismo mediante il quale mantenere inalterato il valore complessivo della società, e se a tale scopo si prevedesse che laddove un elemento patrimoniale della *target* subisca un decremento, tale decremento debba essere compensato da una dazione in danaro, apparirebbe ragionevole che

⁽⁶¹⁾ Cfr. E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, cit., 341.

⁽⁶²⁾ Cfr. L. PONTI - N. MASETTI, *La vendita garantita delle partecipazioni sociali*, Padova, 1997, 349.

⁽⁶³⁾ Cfr. L. PONTI - N. MASETTI, *La vendita garantita delle partecipazioni sociali*, cit., 349, in nt. 26, il quale precisa che “*Si vuole del resto evitare che i creditori di quest'ultima possano agire in via surrogatoria (ex art. 2900 c.c.) per fare valere un credito che – in ipotesi – la società non esercita nei confronti del creditore promittente*”; a ciò si aggiunga che “*Considerare la pattuizione in esame una stipulazione a favore di terzo comporta inoltre numerosi inconvenienti in caso di procedure arbitrali, e determina l'ulteriore conseguenza che il cessionario non può, nel caso in cui manchi una disposizione apposita, pretendere una compensazione tra quanto il venditore deve a titolo di indennizzo alla società (ex art. 1411 c.c.) e quanto è eventualmente ancora da lui dovuto come parte del prezzo dell'acquisto delle partecipazioni*”; cfr. altresì A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 492, il quale fa notare che, specie quando siano trasferite partecipazioni totalitarie o di controllo “*Gli indennizzi versati dall'alienante-socio uscente non solo ricompenserebbero l'acquirente, ma andrebbero anche a vantaggio della minoranza, laddove presente*”; lo stesso Autore, in nt. 50, precisa, inoltre, che “*Tale soluzione, nel caso sia presente nel contratto di trasferimento una clausola di rinuncia o di manleva a favore degli amministratori, potrebbe essere considerata dalla minoranza una forma di compensazione per l'impossibilità di ottenere un risarcimento dei danni subiti indirettamente dalla riduzione del valore della propria partecipazione, in seguito al mancato esercizio da parte del nuovo socio di controllo dell'azione di responsabilità (salvo, ovviamente che la minoranza non raggiunga le soglie richieste dall'art. 2393-bis c.c. e salvo il disposto dell'art. 2476 c.c. per le s.r.l.). La minoranza, anche nell'ipotesi ora segnalata, resta comunque esclusa dal compenso rappresentato dal prezzo di cessione*”.

le somme dovute dal venditore siano versate direttamente a favore della società ⁽⁶⁴⁾.

Sennonché, altri autori ⁽⁶⁵⁾ hanno obiettato che la *target* non subisce alcun danno effettivo a causa della difformità rincontrata e garantita nel contratto, difformità sulla base della quale viene soltanto determinato l'indennizzo dovuto. Invero, nel caso in commento, l'unico soggetto a patire un pregiudizio sarebbe il *buyer*, il quale corrisponde un determinato prezzo confidando in un valore della società trasferita rivelatosi poi non veritiero ⁽⁶⁶⁾.

Alla luce delle considerazioni svolte, non sembra cogliere nel segno chi pretende di individuare una soluzione corretta tra le due alternative, poiché la scelta tra la possibilità di prevedere il pagamento dell'indennizzo a favore del compratore e quella di imporre al *seller* il versamento di una somma a titolo di ristoro nelle casse della *target* dipende unicamente dalla libera volontà delle parti e dall'assetto che le stesse intendono dare al loro rapporto negoziale.

In particolare, secondo alcuni autori, ciò sarebbe confermato dalla circostanza che il versamento di una somma pari alla differenza tra la situazione effettiva della società e quella rappresentata, se destinato al compratore elimina il danno – inteso più correttamente come minor valo-

⁽⁶⁴⁾ Così D. PROVERBIO, *Le clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, cit., 80; nello stesso senso, in AA. VV., *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, cit., 59 s., il quale sottolinea che “Il danno di cui si prevede il risarcimento non è solo (anzi quasi mai) quello sofferto dallo stesso compratore per effetto di eventuali difformità rispetto alle ‘business warranties’ prestate, ma quello derivante dalla società”.

⁽⁶⁵⁾ In senso conforme, cfr. anche E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, cit., 337, in nt. 177.

⁽⁶⁶⁾ Del medesimo avviso è anche A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 492, il quale fa notare che “Non si può, tuttavia, escludere a priori che la violazione degli impegni assunti con determinate garanzie possa comportare anche per la società un danno propriamente inteso, che non si riduce, cioè, ad una semplice alterazione, o difformità, della situazione patrimoniale e finanziaria della stessa società target, rappresentata e garantita dal contratto”; l'Autore porta l'esempio della “violazione delle garanzie relative alla gestione interinale, nel caso in cui il mancato rispetto delle linee guida concordate dai contraenti si traduca in un pregiudizio patrimoniale per la società”; ciò nonostante, egli conclude precisando che “nel caso in cui la violazione delle garanzie contrattuali si concretizzi in una violazione dei doveri di diligenza di cui all'art. 2392 c.c. incombenti sugli amministratori, il risarcimento del pregiudizio subito non troverebbe la sua fonte nella previsione contrattuale delle parti, ma direttamente nel dettato legislativo”.

re della prestazione ricevuta – subito da quest’ultimo; se destinato direttamente alla *target*, invece, arricchisce il patrimonio sociale dell’intero ammontare corrisposto, ottenendo comunque l’effetto di eliminare indirettamente il pregiudizio dell’acquirente ⁽⁶⁷⁾.

6. Natura delle clausole di *indemnity* per diritto italiano.

Così individuati i contenuti e il funzionamento della *indemnity clause*, occorre ora interrogarsi sulla natura e sulla validità dei patti in commento per diritto italiano. Malgrado la loro sostanziale semplicità, infatti, le clausole sull’indennizzo presentano alcuni aspetti peculiari su cui è necessario soffermarsi ⁽⁶⁸⁾.

Il problema principale di queste clausole aliene è se il *seller* e il *buyer* possano incidere con apposite pattuizioni sul regime della responsabilità contrattuale; e, più precisamente, se sia loro concesso regolare diversamente dalle norme di legge le conseguenze dell’inadempimento imputabile ⁽⁶⁹⁾.

Il primo punto su cui è necessario riflettere è se l’indennizzo rappresenti qualcosa di diverso rispetto al risarcimento del danno di cui all’art. 1223 cod. civ..

In linea di principio, l’indennizzo ha la funzione di eliminare uno specifico pregiudizio subito dal compratore allorquando non si verifichi l’evento atteso dedotto in obbligazione. Sicché, esso non coinciderebbe con il risarcimento del danno, in quanto da un lato rifletterebbe solo il pregiudizio economico affrontato dal promissario nell’interesse del promittente e non il danno effettivo, comprensivo del mancato guadagno;

⁽⁶⁷⁾ Così A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 492.

⁽⁶⁸⁾ S. EREDE, *Durata delle garanzie e conseguenze della loro violazione*, cit., 202

⁽⁶⁹⁾ Il quesito è stato sollevato da G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., 206; cfr. L.G. PICONE, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, cit., 106: “Tutte queste problematiche nascono dall’onnicomprendività della clausola di *indemnity*, nonché dal fatto che si tratta di meccanismo di tutela prettamente pattizio, privo di alcun riferimento normativo”.

dall'altro, prescinderebbe da qualsiasi considerazione circa l'imputabilità di un comportamento illecito.

Tra i due istituti (indennizzo e risarcimento) vi sarebbero infatti notevoli differenze, sia dal punto di vista concettuale sia sotto il profilo della relativa disciplina.

Più precisamente, mentre il risarcimento può essere ottenuto sia per equivalente sia in forma specifica (art. 2058 cod. civ.), l'indennizzo non può che consistere nel rimborso dell'equivalente economico del pregiudizio sofferto. Inoltre, se la prescrizione del diritto al risarcimento del danno è quinquennale, all'indennizzo si applicherebbe l'art. 2946 cod. civ. che dispone il termine di prescrizione decennale come regola generale.

Infine, solo all'obbligazione di risarcimento del danno e non a quella d'indennizzo si applicherebbe il criterio di cui all'art. 1225 cod. civ. che stabilisce quale limite la prevedibilità del danno ⁽⁷⁰⁾.

L'indennizzo comporta quindi la restituzione della parte di ricchezza che i contraenti valutano come spesa sostenibile dal garantito per l'iniziativa intrapresa, e avrebbe dunque la funzione di attribuire protezione contro uno squilibrio negoziale, sia questo stato predeterminato dai contraenti o meno. Il risarcimento, invece, rappresenterebbe il valore del danno comprensivo di tutte le conseguenze derivanti dall'inadempimento di un obbligo di *facere* ⁽⁷¹⁾.

Nella normalità dei casi, comunque, le parti predeterminano il contenuto delle clausole di *indemnity*, concordando l'ammontare dell'indennizzo dovuto alla parte garantita in caso di violazione delle clausole di garanzia. Per questa ragione, al verificarsi dell'evento stabili-

⁽⁷⁰⁾ M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., 156 ss.

⁽⁷¹⁾ M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., 160; occorre però considerare che, secondo l'Autore, "La garanzia non esclude l'effetto risarcitorio, in quanto, in considerazione del diverso grado di intervento di cui il venditore delle partecipazioni è dotato rispetto alla realizzazione o meno del risultato, possono variare le conseguenze economiche della non conformità del patrimonio sociale al contenuto delle clausole".

to, di norma sorge automaticamente a carico del garante il dovere di pagare l'importo indicato nella pattuizione; e ciò, senza la necessità di dare prova in termini monetari dell'impatto di tale avvenimento sul patrimonio del *buyer* ⁽⁷²⁾.

7. Il rapporto tra *indemnity clause* e clausola penale.

Raggiunte tali conclusioni sulla natura delle *indemnities*, è importante ora soffermarsi su un ulteriore profilo relativo al loro utilizzo nell'ordinamento italiano, vale a dire se la pattuizione in commento possa essere considerata quale clausola penale *ex art.* 1382 cod. civ..

In particolare, il rilievo interessa sotto l'aspetto e nella misura in cui la *indemnity clause* ha l'effetto di limitare l'indennizzo dovuto dall'alienante a quanto determinato dalle parti, senza che sia necessaria la dimostrazione del danno, del suo ammontare e del nesso causale tra questo e l'inadempimento alla clausola di garanzia ⁽⁷³⁾.

La risposta non può essere univoca.

E' appena il caso di osservare, infatti, che le parti possono ricollegare la previsione di una clausola di *indemnity* a una casistica estremamente eterogenea di ipotesi ⁽⁷⁴⁾; al punto che appare difficile ridurre a

⁽⁷²⁾ Cfr. E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, cit., 338, la quale evidenzia, tuttavia, che i rilievi varrebbero unicamente per le pattuizioni che ricollegano alla violazione delle clausole di garanzia l'obbligo del venditore di corrispondere al compratore una somma pari all'ammontare della minusvalenza attiva o della sopravvenienza passiva riscontrata in campo alla società; non, invece, con riferimento "alla previsione, residuale e di chiusura, relativa ad ogni altro danno o costo che dovesse comunque derivare all'acquirente o alla società dalla violazione delle clausole di garanzia", poiché in quel caso si tratterebbe "dell'esplicitazione e definizione dell'obbligo vero e proprio di risarcimento, capace di ricomprendere tutte le ipotesi patologiche non rientranti nella clausola sulle minusvalenze attive e sopravvenienze passive".

⁽⁷³⁾ Cfr. E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, cit., 338; cfr. anche M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., 311, il quale rileva che, in tal caso, sorgerebbe il dubbio che "Alle clausole in esame possa applicarsi, in via diretta o analogica, il disposto dell'art. 1384 c.c., che prevede la riduzione giudiziale dell'ammontare pattuito quale clausola penale, in caso di esecuzione giudiziale dell'ammontare pattuito quale clausola penale, in caso di esecuzione parziale della prestazione o di importo manifestamente eccessivo della penale".

⁽⁷⁴⁾ Cfr. L.G. PICONE, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, cit., 105.

unità una simile pattuizione contrattuale che può riferirsi contemporaneamente a fattispecie tanto diverse tra loro ⁽⁷⁵⁾.

Basti considerare che se da un lato l'obbligo d'indennizzo può essere associato a circostanze riconducibili alla situazione patrimoniale o finanziaria della società, dall'altro lato, esso può derivare dalla violazione di specifici impegni assunti contrattualmente del venditore ⁽⁷⁶⁾.

Si è sostenuto che le disposizioni previste per la clausola penale non sono direttamente applicabili alle garanzie di indennizzo, in quanto queste ultime dovrebbero più propriamente essere considerate quali clausole di assunzione del rischio ⁽⁷⁷⁾. Ove, però, le difformità riscontrate rispetto a quanto garantito fossero dovute a un vero e proprio inadempimento dell'alienante, difficilmente si potrebbe negare la somiglianza della *indemnity clause* rispetto alla clausola penale ⁽⁷⁸⁾.

In ogni caso, con riferimento all'applicazione dell'art. 1384 cod. civ. alle clausole in esame, va notato che alcune delle norme di cui agli artt. 1382 cod. civ. ss. (tra cui proprio l'art. 1384 cod. civ.) sono considerate espressione del più generale principio del divieto di arricchimento ingiustificato e, come tali, applicabili analogicamente anche al di fuori della stipulazione di vere e proprie penali ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁵⁾ Così, A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 491.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 491, il quale fa notare che “Le clausole di indennizzo non sono, cioè, necessariamente collegate ad una semplice assunzione del rischio, ma possono avere ad oggetto anche una vera e propria obbligazione (in senso tecnico) dell'alienante, quale, ad esempio, l'impegno a mantenere la gestione della società nei confini della ordinaria amministrazione tra la conclusione del contratto e il closing”.

⁽⁷⁷⁾ Così, M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di “controllo” e garanzie contrattuali*, cit., 312; si sottolinea l'opinione di E. BETTO - D. SALUZZO, *Mind the gap - 2: clausole penali e di liquidated damages nel diritto inglese e nelle principali giurisdizioni di civil law*, in *Dir. comm. internaz.*, 1, 2012, 13, in merito al possibile legame tra *liquidated damages clauses* e *punitive damages*: “In via preliminare, per fugare eventuali dubbi di tipo terminologico, occorre far notare che, benché assimilabili alla clausola penale di cui all'art. 1382, 1° comma, Cod. Civ., le clausole di liquidated damages non corrispondono alle penalty clause, che (...) sono ritenute nulle ai sensi del diritto inglese”.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 491, il quale fa l'esempio dell'impegno del *seller* di mantenere la gestione della società nei confini della ordinaria amministrazione durante il c.d. *interim period*, ossia l'arco temporale che separa la stipulazione del *sale and purchase agreement* dal *closing*.

⁽⁷⁹⁾ Questo rilievo è di G. DE NOVA, *Il contenuto del contratto*, in R. Sacco - G. De Nova, *Il contratto*, in *Trattato Sacco*, tomo II, Torino, 2004, 168 s.; cfr. altresì E. BETTO - D. SALUZZO, *Mind the gap - 2: clausole penali e di liquidated damages nel diritto inglese e nelle principali giurisdizioni di civil law*, in *Dir. comm. internaz.*, 1, 2012, 13, i quali hanno osservato che “La giurisprudenza italiana esclude la

Ciò porterebbe a concludere che, anche per le *indemnities*, dovrebbe riconoscersi la possibilità di invocare l'equa riduzione della prestazione di indennizzo, ove lo stesso appaia manifestamente eccessivo avuto riguardo all'interesse dell'acquirente alla corrispondenza tra la specifica situazione garantita e quella effettivamente riscontrata ⁽⁸⁰⁾.

Non può infine trascurarsi che, se la riduzione della prestazione indennitaria è ammessa per tutelare il contraente anche ove questi si renda inadempiente, a maggior ragione non dovrebbe escludersi l'applicazione dell'art. 1384 cod. civ. nell'ipotesi di "violazione" della prestazione di garanzia, spesso riconducibile a una logica di assunzione del rischio ⁽⁸¹⁾, più che di vero e proprio inadempimento ⁽⁸²⁾.

riconducibilità della clausola penale di cui all'art. 1382 del Codice Civile all'istituto dei punitive damages, connotati da una finalità sanzionatoria e punitiva, nulli ai sensi del diritto italiano e pertanto anche incompatibili con il summenzionato potere del giudice di sindacare la sproporzione tra l'importo liquidato in clausola ed il danno effettivamente subito".

⁽⁸⁰⁾ Così, M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., 311; nonché E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, cit., 338, la quale sembra a favore della validità e della natura di clausola di assunzione del rischio della clausola mediante la quale si preveda la corresponsione di una somma anche in caso di inadempimento non imputabile, cfr. tra gli altri, G. DE NOVA, *Clausola penale*, in *Dig. disc. privat., Sez. civ.*, Torino, 1988, 378; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Vol. II, tomo I, Padova, 1999, 506; in senso contrario, invece, cfr. C. D'ALESSANDRO, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, Milano, 2003, 213.

⁽⁸¹⁾ Cfr. E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, cit., 339, in nt. 180; in senso contrario, di recente, G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., 188: "*Benché spesso la logica sottesa ad alcune R&W sia in senso lato assicurativa, di allocazione e distribuzione dei rischi, non sembra di poter dire che esse danno luogo a un patto di natura assicurativa (nemmeno in senso lato); è preferibile includere le R&W nella usuale logica contrattuale in cui v'è sempre un profilo fisiologico di allocazione dei rischi tra le parti e distinguere, a seconda dei casi, i) le ipotesi in cui il venditore promette qualcosa alla luce di quel che sa (...) e ii) le ipotesi in cui altresì si accolla il rischio che la realtà sia diversa da quel che crede. Seguendo la prima concezione delle R&W, ragionando cioè in termini di inadempimento, possiamo ritenere applicabili (almeno in astratto) tutti i rimedi propri del diritto italiano. Il buyer potrebbe attivare (o pretendere di attivare) altri rimedi legali oltre alla indemnity clause prevista dal SPA*".

⁽⁸²⁾ Così, M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., 313 s., il quale aggiunge che, del resto, "*La riduzione dell'indennizzo previsto in misura eccessiva potrebbe essere ottenuta anche ai sensi dell'art. 1905 c.c. (norma che enuncia il c.d. principio indennitario), in conformità alla ricostruzione delle clausole di garanzia quali prestazioni assicurative*"; si consideri, tuttavia, che l'Autore nega l'applicabilità dell'art. 1384 cod. civ. nelle ipotesi in cui "*L'indennizzo non costituisce una somma già predeterminata, una quantificazione anticipata del pregiudizio, ma viene previsto dalle parti unicamente come obbligo di versamento della minusvalenza che il patrimonio della società subisce, quale essa sia (ad es.: ammontare delle sopravvenienze; dei crediti inesigibili, ecc.), in proporzione alla parte del capitale trasferita al compratore. In quest'ultimo caso, infatti, non essendoci una liquidazione anticipata dell'indennizzo, non potranno applicarsi i principi della penale in quanto l'indennizzo risulterà proporzionale alla minusvalenza*"; cfr. altresì E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, cit., 338, in nt. 180; nonché D'ALESSANDRO, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, cit., 213 ss..

8. Le clausole di aggiustamento del prezzo: «*price adjustment clauses*».

Nell'ambito del contratto di acquisizione di partecipazioni azionarie, è molto frequente che il prezzo non sia interamente determinato nel corso delle trattative negoziali o al momento del *signing*. Ed è altresì possibile che, pur avendo raggiunto un accordo sul corrispettivo, le parti decidano di differirne (anche solo in parte) il pagamento a un momento successivo al *closing* ⁽⁸³⁾.

Il prezzo dovuto per l'acquisto delle partecipazioni sociali può infatti essere pagato al momento del *closing*, in occasione della stipulazione dell'atto notarile ovvero ancora in un momento successivo, giacché nel *sale and purchase agreement* le parti hanno forte interesse a tenere conto degli eventi – sia positivi sia negativi – successivi alla stipulazione, ma precedenti al trasferimento delle azioni e al pagamento del prezzo ⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸³⁾ Così, A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 491; nello stesso senso, V. SANGIOVANNI, *Contratto di cessione di partecipazione sociale e clausole sul prezzo*, in *Contr.*, 12, 2011: “*In relazione al momento del pagamento del prezzo sussiste, all'evidenza, un tendenziale conflitto fra la posizione del venditore e quella dell'acquirente: il primo vuole ottenere il pagamento appena possibile (e in ogni caso non più tardi del perfezionamento del trasferimento della partecipazione); al contrario l'acquirente tenderà a posporre il momento in cui paga tutto il prezzo o parte di esso*”; cfr. altresì L.G. PICONE, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, cit., 119; per queste ragioni, non è raro che le parti prevedano di depositare una parte del prezzo della compravendita in un conto vincolato, ove le somme sono destinate a restare fino allo spirare di un termine convenuto o al verificarsi di un determinato evento; tale accordo prende il nome di *escrow agreement*; sul punto, cfr. E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, cit., 289, secondo la quale si definisce *escrow* “*Il deposito, con funzione di garanzia, della somma dovuta a titolo di prezzo presso un soggetto fiduciario (ad esempio, una banca o una società di servizi specializzata), con mandato congiuntamente conferito al depositario di trasferire successivamente all'avente diritto tranches del prezzo, secondo scadenze, misure e modalità via via concordate dalle parti e comunicate al mandatario*”; cfr. anche V. SANGIOVANNI, *Il contratto di escrow nella compravendita di partecipazioni sociali*, in *Contr.*, 2012, 2, 195 s., per cui si tratta di una “*Figura di contratto atipico e innominato, con funzione di custodia e garanzia, particolarmente diffuso nei Paesi anglosassoni. Da un lato è atipico, in quanto non se ne rinviene una disciplina nel codice civile. Da un altro lato è innominato, nel senso che non risultano esserci nel nostro ordinamento riferimenti normativi a esso, tanto è vero che a tale contratto ci si riferisce con l'espressione inglese di “escrow”, senza che esista un corrispondente termine italiano*”.

⁽⁸⁴⁾ In questo senso, G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., 120: “*Le circostanze che possono modificare il valore, in senso lato, della target in questo lasso di tempo sono moltissime e non tutte enumerabili in anticipo. Di solito si procede all'aggiustamento del prezzo*

La prassi dimostra, pertanto, come si rivelino opportuni meccanismi di aggiustamento del prezzo e del saldo in relazione alle difformità tra la situazione garantita e la situazione effettiva della società, emerse successivamente alla stipulazione del contratto; nonché l'eventuale previsione della possibilità di compensare il prezzo ancora dovuto al venditore con i crediti vantati dall'acquirente in virtù dell'operare delle garanzie contrattuali ⁽⁸⁵⁾.

La complessità dell'operazione può infatti comportare numerose incertezze con riferimento ai valori e agli elementi dell'affare che concorrono alla negoziazione del prezzo. Sicché, l'acquirente è generalmente disposto a versare alla data del *closing* soltanto una prima parte di prezzo, ritenendo antieconomico provvedere alla corresponsione di una porzione di corrispettivo che egli reputa sin dall'inizio incerto, non solo per quel che riguarda il *quantum*, ma anche, e persino, con riferimento all'*an* ⁽⁸⁶⁾.

Gli strumenti negoziali che consentono di modificare il prezzo dovuto in considerazione delle minusvalenze attive e delle sopravvenienze passive accertate durante la *due diligence* prendono il nome di clausole di «*price adjustment*», e prevedono la possibilità per l'acquirente di verificare l'esattezza della situazione comunicatagli dall'alienante e di ottenere, in conseguenza delle differenze riscontrate, la diminuzione della parte del prezzo ancora dovuto o la restituzione di parte del prezzo versato ⁽⁸⁷⁾.

soprattutto perché, come detto, il valore delle azioni può mutare tra il momento della stipulazione e il momento del Closing. Oltre a ciò, il prezzo delle azioni normalmente è formulato sulla base di una situazione patrimoniale persino antecedente alla stipulazione, per cui il prezzo è commisurato a una situazione patrimoniale della target che facilmente non rispecchia (o può non rispecchiare) quella effettivamente esistente al momento del contratto. Il Closing peraltro può essere fissato anche molto avanti nel tempo. È del tutto normale che l'Interim Period si protragga per diversi mesi”.

⁽⁸⁵⁾ E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, cit., 288 s.; nonché L.G. PICONE, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, cit., 106.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. D. PROVERBIO, *Le clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, cit., 82; L.G. PICONE, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, cit., 119.

⁽⁸⁷⁾ Così E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, cit., 287, in nt. 71; secondo A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 508: “Potrà, perciò, verificarsi che in seguito ai controlli operati dall'acquirente, questi debba versare un

Dal punto di vista operativo, l'indennizzo e la revisione del prezzo possono essere considerati strumenti molto simili – alternativi o concorrenti ⁽⁸⁸⁾ – al fine di effettuare una correzione dell'impegno economico del compratore a fronte dell'acquisto delle partecipazioni ⁽⁸⁹⁾. Ciò nonostante, essi costituiscono rimedi concettualmente ben distinti e caratterizzati da profonde differenze ⁽⁹⁰⁾.

Se da un lato, infatti, il *price adjustment* incide direttamente sull'obbligazione del compratore, modificando quest'ultima sulla base degli scostamenti della situazione patrimoniale rispetto a quella garantita; dall'altro lato, l'obbligo d'indennizzo conseguente alla violazione delle clausole di garanzia determina invece una pluralità di prestazioni accessorie del venditore per salvaguardare l'acquisto da tali difformità ⁽⁹¹⁾.

In questo senso, è dirimente la considerazione che, mentre in caso di aggiustamento del prezzo l'obbligo del venditore non potrebbe comunque eccedere l'ammontare originariamente corrisposto; diversamente, in caso attivazione delle clausole di garanzia, il prezzo spettante al *seller* quale corrispettivo per il trasferimento delle partecipazioni potreb-

prezzo inferiore a quello precedentemente concordato o che no debba versare alcunché"; nonché D. PROVERBIO, *Le clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, cit., 93, il quale sottolinea come il venditore possa trovarsi addirittura nella situazione di dover "retrocedere parte della prima tranche di prezzo dell'acquirente".

⁽⁸⁸⁾ Cfr. A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 512, il quale rileva che nulla esclude che i due rimedi possano concorrere: "Nulla vieta, infatti, che le parti possano procedere a una revisione del prezzo in considerazione solo di determinate difformità della situazione patrimoniale e finanziaria della società, riservandosi, invece, in altri casi di ricorrere comunque ai rimedi indennitari". Ciò che sarebbe da escludersi, secondo lo stesso Autore, sarebbe "una sovrapposizione dei due rimedi".

⁽⁸⁹⁾ V. SANGIOVANNI, *Compravendita di partecipazione sociale e garanzie del venditore*, cit., 210, il quale riporta un esempio molto semplice ma intuitivo per comprendere quale sia la differenza tra i due istituti: "Bisogna dire che, dal punto di vista strettamente economico, riduzione del prezzo e risarcimento del danno si assomigliano molto. Si supponga che la partecipazione venga venduta per 1.000.000 di euro e che, successivamente, venga chiesto un risarcimento di 100.000 euro: una volta che questa somma è stata restituita dal venditore all'acquirente, è come se il reale prezzo di acquisto della partecipazione ammonti – complessivamente – a 900.000 euro. L'effetto economico del risarcimento del danno consiste in una riduzione del prezzo di acquisto".

⁽⁹⁰⁾ Questa è l'opinione di A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 511.

⁽⁹¹⁾ M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., 160; occorre però considerare che, secondo l'Autore, "la garanzia non esclude l'effetto risarcitorio, in quanto, in considerazione del diverso grado di intervento di cui il venditore delle partecipazioni è dotato rispetto alla realizzazione o meno del risultato, possono variare le conseguenze economiche della non conformità del patrimonio sociale al contenuto delle clausole".

be risultare addirittura negativo, in quanto “eroso” dagli indennizzi derivanti dalla mancata conformità alle prestazioni accessorie ⁽⁹²⁾.

La differenza più sostanziale tra le due pattuizioni è tuttavia rappresentata dal titolo del versamento della somma di denaro dall’alienante all’acquirente, che in caso di *price adjustment* sarebbe rappresentato dalla ripetizione di indebito; mentre in caso di *indemnity*, è costituito dal risarcimento del danno derivante dalla violazione delle garanzie convenzionali.

In questo senso, secondo autorevole dottrina ⁽⁹³⁾, tenere concettualmente distinti i due istituti sarebbe di primaria importanza, perché spesso nella prassi contrattuale il risarcimento derivante dalla violazione delle *representations and warranties* viene predeterminato dalle parti secondo gli stessi criteri che regolano il funzionamento delle clausole di aggiustamento del prezzo. Questa circostanza non farebbe però venir meno la profonda differenza sussistente tra le due tipologie di previsioni.

9. La «*exclusive remedy clause*».

Si è avuto modo di osservare (cfr. *supra* § 3, pagg. 17 ss.) che la clausola di *indemnity* prevede un unico rimedio pecuniario a carico dell’alienante, a fronte di una pluralità di possibili violazioni di *represen-*

⁽⁹²⁾ A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 511; nonché M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di “controllo” e garanzie contrattuali*, cit., 300 s., per il quale “nel caso in cui si verificano eventi che fanno scattare le clausole di garanzia, il prezzo spettante al venditore in seguito all’alienazione delle partecipazioni sociali può – in casi estremi – risultare anche negativo in quanto «eroso» dagli indennizzi derivanti dalla mancata conformità alle prestazioni accessorie; ciò non accade, invece, nelle clausole di aggiustamento del prezzo, il limite minimo delle quali è sempre rappresentato dalla controprestazione (il prezzo) cui si è obbligato il compratore. Ancora: la distinzione tra clausole di indennizzo e di revisione del prezzo rileva anche per quanto riguarda la previsione di un’eventuale franchigia, con la quale si intendono escludere gli obblighi di indennizzo o aggiustamento del prezzo per le difformità rispetto alla situazione patrimoniale di riferimento inferiori ad una cifra prefissata o ad una percentuale prefissata: infatti sarà necessario riferire tale franchigia all’una o all’altra delle clausole. In definitiva, il contratto può prevedere in primo luogo la necessità di una revisione dell’obbligazione del compratore, sulla base dei meccanismi di aggiustamento del prezzo, e che successivamente possano essere fatte valere clausole di garanzia per le differenze patrimoniali non ancora «coperte»”.

⁽⁹³⁾ G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., 183.

tations and warranties, relative a un'altrettanto variegata molteplicità di aspetti afferenti alla società oggetto di acquisizione ⁽⁹⁴⁾.

Come detto, infatti, sia qualora le parti scelgano come rimedio la *indemnity clause*, sia ove la soluzione preferita sia la clausola di *price adjustment*, i contraenti del *sale and purchase agreement* sono soliti escludere con apposita pattuizione la possibilità di richiedere la risoluzione per inadempimento e gli altri rimedi tendenti alla rimozione degli effetti del contratto ⁽⁹⁵⁾.

I rimedi ablativi appaiono infatti tendenzialmente inopportuni nel caso di vendita di pacchetti azionari, e le parti preferiscono farvi ricorso solo in circostanze particolarmente rilevanti per l'acquirente, nelle quali il suo interesse ad acquisire le partecipazioni risulti del tutto pregiudicato ⁽⁹⁶⁾. E ciò, per le gravi conseguenze cui darebbe origine l'applicazione dei rimedi restitutori (art. 1458 cod. civ.) ⁽⁹⁷⁾.

Per questa ragione, in caso di violazione delle garanzie contrattuali, è comune stabilire il solo obbligo per il *seller* di risarcire il danno patito dal compratore, mediante la previsione di una clausola che esclude l'azionabilità di rimedi diversi da quello del pagamento di una somma in

⁽⁹⁴⁾ L.G. PICONE, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, cit., 105.

⁽⁹⁵⁾ R. CHRISTOU, *Boilerplate: Practical Clauses*, London, 2002, 151 s.: "A clause which is useful in sufficiently important contracts is the omnibus exclusion clause, which wholly states all of the remedies for various matters under the contract, including warranties, guarantees and indemnities, and excludes all others".

⁽⁹⁶⁾ A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 482 s..

⁽⁹⁷⁾ V. SANGIOVANNI, *Compravendita di partecipazione sociale e garanzie del venditore*, cit., 210; A. STILTON, *Sales of Shares and Businesses: Law, Practice and Agreements*, cit., 137: "Although damages is the normal remedy for misrepresentation, rescission may also be available, but will only be ordered if the parties can be returned to the position that they were in before the misrepresentation was made. For this reason, rescission may often be impractical if the misrepresentation comes to light after completion, but it may be greater value where there is a gap between signing the sale and purchase agreement and completing it. The remedy will in any event be unavailable if, after discovering the misrepresentation, the buyer has taken some action to affirm the sale and purchase agreement – for example, if he sells some of the assets that he has bought. If the buyer wishes to have the right to rescind the agreement, therefore, he should make sure that there is an express right to rescind and such provision is very often included where there is a gap between signing the agreement and completion. Apart from that particular situation, a seller will seek a provision which excludes the buyer's right of rescission and states that his remedy for any misrepresentation must lie in damages only. Where there is a gap, the seller may have to accept that the buyer will have the right of rescission if any misrepresentation come to light during that period but will want to limit that right to material misrepresentation and will want to provide expressly that once completion has taken place, the buyer's only remedy lie in damages".

denaro prestabilita, di norma indicata all'interno della c.d. *liquidated damages clause* ⁽⁹⁸⁾.

Tale pattuizione prende il nome di «*sole and exclusive remedy clause*» e dispone che gli indennizzi a disposizione del *buyer* rappresentino l'unico rimedio in caso di violazione delle garanzie offerte dal venditore ⁽⁹⁹⁾.

Se si applicasse alla lettera la previsione in commento, anche se tra il *signing* e il *closing* emergesse che le garanzie rilasciate dal venditore sono in realtà false, e anche ove si potesse provare il dolo dell'alienante, l'acquirente avrebbe diritto soltanto a un indennizzo, e dovrebbe perciò procedere in ogni caso all'acquisto e al pagamento del prezzo pattuito ⁽¹⁰⁰⁾.

Inoltre, anche nella successiva azione d'indennizzo eventualmente esercitata nei confronti del *seller*, il compratore non potrebbe ottenere più del massimale di responsabilità previsto nel contratto; massimale che, per di più, può in certi casi essere nettamente inferiore al danno subito dal compratore ⁽¹⁰¹⁾.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. H.G. BEALE, *Chitty on Contracts*, vol. I, 31th Ed., London, 2012, 1761, il quale rileva che “*The term liquidated damages is applied where the damages have been agreed and fixed by the parties in a way which complies with the criteria developed by the courts for their validity, or fixed by the statute (...). Unliquidated damages is the term applied where the damages are at large and are to be assessed by the court; the rules as to remoteness of damages are the main criteria for such damages. Often the parties to a contract fix a sum as liquidated damages in the event of one specific breach, and leave the claimant to sue for unliquidated damages in the ordinary way if others types of breach occur. Again, where there is provision for liquidated damages the claimant may, in appropriate cases, nevertheless elect to ask instead for an injunction to restrain the breach*”; cfr. anche E. PEEL, *The common law tradition: application of boilerplate clauses under English law*, in *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, a cura di G. Cordero-Moss, Cambridge, 2011, 153: “*In the absence of such clause, the parties would have the full range of remedies available under the general law*”; sul punto, il principio guida nella previsione di una clausola di *sole remedy* è stato illustrato da Lord Diplock nel caso *Gilbert-Ash (Northern) Ltd v Modern Engineering (Bristol) Ltd*, in cui si è stabilito quanto segue: “*It is, of course, open to parties to a contract (...) to exclude by express agreement a remedy for its breach which would otherwise arise by operation of law (...). But in constructing such a contract one starts with the presumption that neither party intends to abandon any remedies for its breach arising by operation of law, and clear express words must be used in order to rebut this presumption*”.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. V. SANGIOVANNI, *Compravendita di partecipazione sociale e garanzie del venditore*, cit., 210.

⁽¹⁰⁰⁾ F. BONELLI, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore*, in *Dir. comm. internaz.*, 2, 2007, 312.

⁽¹⁰¹⁾ F. BONELLI, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore*, cit., 313.

Ma vi è di più, poiché ove la legge applicabile al contratto fosse quella italiana, il modello standard di *sole and exclusive remedy clause* cui le parti farebbero riferimento escluderebbe anche l'applicazione degli artt. 1492, 1494 e 1497 cod. civ., che consentono al compratore di ottenere la risoluzione del contratto di compravendita e il risarcimento del danno, ove il bene acquistato sia affetto da vizi.

Svolte tali considerazioni e illustrate in sintesi le principali questioni derivanti dall'utilizzo di una *sole remedy clause*, è preliminare ora analizzare i caratteri e le funzioni delle clausole d'irrisolubilità espressa nell'ambito del diritto italiano. A questo scopo, nel capitolo che segue si verificherà entro quali limiti è possibile pattuire nel nostro ordinamento clausole di rinuncia preventiva alla risoluzione del contratto in caso di inadempimento imputabile di uno dei contraenti.

CAPITOLO II

I PATTI LIMITATIVI DELLA RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO NEL DIRITTO ITALIANO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Autonomia privata e risoluzione per inadempimento: il problema della rinuncia preventiva all'effetto risolutivo. – 3. Gli interessi sottesi alla stipulazione di una clausola di irrisolubilità. – 4. Gli argomenti contrari alla validità dei patti che escludono la risoluzione. – 5. Le condizioni di validità ed efficacia delle clausole di irrisolubilità espressa. – 5.1. La conservazione degli altri rimedi sinallagmatici. – 5.2. Il rispetto dei limiti imposti dall'art. 1229 cod. civ.. – 5.3. La possibile disapplicazione della clausola di irrisolubilità. – 6. Gli orientamenti della giurisprudenza. – 7. Conclusioni.

1. Premessa.

Quando un soggetto ha eseguito una prestazione e la controparte non provvede ad adempiere, un possibile rimedio a disposizione del contraente fedele per la tutela dei propri interessi consiste nell'ottenere la risoluzione del contratto e la restituzione della prestazione effettuata.

Come si è anticipato (cfr. *supra* cap. I, § 9, pagg. 36 ss.), tuttavia, nella prassi interna e internazionale dei contratti conclusi tra imprenditori, è ormai diffusa la tendenza a stabilizzare il rapporto contrattuale, in modo che questo sia idoneo a conservare la propria efficacia pur a fronte di patologie della fase esecutiva ⁽¹⁰²⁾.

Così, sempre più spesso le parti convengono di concentrare la tutela del contraente fedele su rimedi giuridici «positivi» tendenti alla riformulazione del regolamento contrattuale, impedendo contestualmente il ricorso a strumenti finalizzati alla rimozione del vincolo negoziale ⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano, 1998, 11.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, 1037, “L'inadeguatezza del sistema di rimedi codificati può manifestarsi sotto un duplice profilo. Può essere inadeguatezza nella descrizione delle fattispecie che danno luogo a qualche rimedio”; oppure “Può essere inadeguatezza nell'indicazione degli specifici rimedi che la legge prevede contro il contratto difettoso. I rimedi legali sono generalmente ablativi: puntano a liberare le parti dai loro impegni contrattuali, cancellando il contratto (e i suoi effetti). Ma spesso questa soluzione non è appagante, perché l'efficace protezione degli interessi meritevoli di tutela coinvolti nel contratto, richiederebbe non la cancellazione di questo, bensì il suo mantenimento coi diversi contenuti necessari per ovviare al difetto che lo affligge: di qui la ricerca dei rimedi mantenutivi, che salvino il contratto adeguandolo”.

La realizzazione di questi interessi può tuttavia scontrarsi con i limiti che la legge impone all'autonomia privata nell'ambito della disciplina sulla risoluzione per inadempimento.

Benché la rinuncia preventiva all'azione di risoluzione sia ormai una tecnica molto in uso nella prassi internazionale dei contratti «*business to business*» ⁽¹⁰⁴⁾, nel nostro Paese è in corso un dibattito sulla legittimità delle clausole che abbiano come effetto quello di limitare la facoltà del contraente fedele di ricorrere al rimedio risolutorio in caso di inadempimento della controparte ⁽¹⁰⁵⁾.

Non v'è dubbio, infatti, che l'intervento dell'autonomia contrattuale all'interno del sistema legale dei rimedi sinallagmatici possa modificare i presupposti di attivazione del rimedio risolutorio (aggravandoli o, viceversa, alleviandone il peso) ⁽¹⁰⁶⁾.

Non è però altrettanto chiaro se alle parti sia riconosciuta la facoltà di incidere sulla disciplina in tema di risoluzione *ex art. 1453 cod. civ.* fino a escludere *in toto* la tutela risolutoria. In particolare, la questione più delicata si pone quando la preventiva rinuncia alla risoluzione non sia delimitata quanto agli inadempimenti deducibili, assumendo viceversa una portata di carattere generale ⁽¹⁰⁷⁾.

Viene naturale domandarsi, pertanto, se sussistano o meno ragioni per ammettere la clausola diretta a impedire il ricorso alla risoluzione del contratto “*sempre e comunque*” ⁽¹⁰⁸⁾, privando la parte delusa di ogni protezione, persino nel caso in cui quest'ultima abbia già eseguito la propria prestazione.

⁽¹⁰⁴⁾ G. SICCHIERO, *Comm. all'art. 1453 cod. civ., La risoluzione per inadempimento*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, Milano, 2007, 393: “La rinuncia preventiva al rimedio risolutorio è una tecnica spesso utilizzata dalle parti perché l'operazione economica non sia posta in discussione nonostante l'insoddisfazione di uno dei contraenti”.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 11.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Trattato del contratto, Rimedi*, 2, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, 23.

⁽¹⁰⁷⁾ U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento, Il contratto in generale*, tomo VIII**, in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da M. Bessone, vol. XIII, Torino, 2011, 28

⁽¹⁰⁸⁾ G. SICCHIERO, *Comm. all'art. 1453 cod. civ.*, cit., 396.

Scopo dell'indagine che si svolgerà nel presente capitolo è dunque individuare i limiti entro i quali sia possibile pattuire clausole di irresolubilità espressa nelle ipotesi in cui l'ordinamento prevede tale rimedio. A tal fine, i paragrafi che seguono sono dedicati all'esame delle principali questioni derivanti dalla previsione dei patti in commento; e all'analisi dei più significativi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che nel corso degli anni si sono espressi sul tema delle clausole di rinuncia preventiva alla risoluzione per inadempimento.

2. Autonomia privata e risoluzione per inadempimento: il problema della rinuncia preventiva all'effetto risolutivo.

Dall'entrata in vigore del Codice civile, la disciplina della risoluzione per inadempimento è stata esaminata da numerosi e autorevoli autori, i quali hanno contribuito a disegnare una “mappa” ampiamente affidabile se non proprio esaustiva del rimedio sinallagmatico e delle differenti questioni a esso afferenti. Ciò nonostante, lo studio dello strumento risolutorio resta segnato da molteplici interrogativi ⁽¹⁰⁹⁾.

Una delle tematiche negli ultimi anni più discusse è quella relativa alla possibilità di prevedere clausole che escludano anticipatamente e indiscriminatamente la risoluzione in caso di inadempimento imputabile di uno dei contraenti. A tal riguardo, molte voci in dottrina hanno affermato la possibile nullità della c.d. clausola di irresolubilità espressa ⁽¹¹⁰⁾.

In linea di principio, la predisposizione di rimedi preventivi all'inadempimento può svolgere più funzioni. Anzitutto, essa può produrre un effetto dissuasivo, giacché la prospettazione anticipata delle

⁽¹⁰⁹⁾ D. CARUSI, *Art. 1453 c.c.*, in *Commentario del Codice Civile - Dei Contratti in generale*, vol. IV, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2011, 397.

⁽¹¹⁰⁾ Tra gli autori contrari alla validità delle clausole in commento, G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 147 e 157; R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Vol. VI, Tomo II, Torino, 1975, 936; V. SCALFI, *Risoluzione del contratto*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, vol. XXVII, 1991, 4; U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, *Comm. agli artt. 1453-1454*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro it., 1990, 110.

conseguenze dell'inadempimento, al di là della generica responsabilità stabilita dal Codice, appare come una minaccia concreta nei confronti del contraente disponibile all'infedeltà contrattuale.

In secondo luogo, l'adozione di rimedi preventivi serve a evitare un giudizio difforme dalle aspettative del contraente deluso. Il contratto, se ben redatto, può infatti soddisfare appieno le differenti esigenze dei contraenti ⁽¹¹¹⁾.

Infine, il patto di irrisolubilità può svolgere una funzione compulsiva dell'adempimento contrattuale, poiché grazie ad esso può essere controllata la c.d. «eterogenesi dei fini della risoluzione» ⁽¹¹²⁾ e si può impedire al contraente non inadempiente di precludere maliziosamente all'altro, ex art. 1453, comma 3, cod. civ., di rimediare alla propria inadempienza ⁽¹¹³⁾.

La rinuncia preventiva alla risoluzione per inadempimento può assumere in astratto sia la forma dell'atto unilaterale sia quella del patto contenuto in un contratto. La prima delle due ipotesi non risulta di grande utilità ai fini della presente indagine ⁽¹¹⁴⁾; di qui, la necessità di focalizzare l'attenzione sulla rinuncia prevista dalle parti sotto forma di clausola contrattuale.

Giova premettere che l'ordinamento espressamente non vieta il ricorso a pattuizioni che abbiano come effetto quello di derogare alla disciplina legale sul rimedio risolutorio ⁽¹¹⁵⁾.

L'unica eccezione in tal senso, in materia di contratto con i consumatori, è rappresentata dall'art. 134, 1° comma, cod. consumo, ai sensi

⁽¹¹¹⁾ G. SICCHIERO, *La risoluzione dei contratti*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 27 s..

⁽¹¹²⁾ L'espressione si riferisce al "possibile interesse del creditore a speculare sull'inadempimento, cioè a giuridicizzare una mera rimeditazione sulla convenienza dell'affare di già concluso», A. BELFIORE, voce *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, s.d. (ma 1989), 1320.

⁽¹¹³⁾ Cfr. F. DELFINI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, in *NLCC*, 3, 2014, 577.

⁽¹¹⁴⁾ G. SICCHIERO, *Comm. all'art. 1453 cod. civ.*, cit., 391 ss..

⁽¹¹⁵⁾ Ciò è quanto afferma anche U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato Bessone*, cit., 28: "La normativa sulla risoluzione per inadempimento non si compone di norme inderogabili tali da giudicare automaticamente nulla (art. 1418, 1° comma, c.c.) qualunque rinuncia preventiva alla risoluzione".

del quale la risoluzione per una delle circostanze di cui all'art. 130, comma 7, cod. consumo ⁽¹¹⁶⁾, non può essere limitata o esclusa da un patto preventivo.

Sotto un primo profilo, non sembrano esserci dubbi sulla facoltà riconosciuta alle parti di facilitare l'operatività del rimedio risolutorio. E' infatti agevole dimostrare che i contraenti possono facilitare l'accesso alla risoluzione sia mediante la previsione di una clausola risolutiva espressa (art. 1456 cod. civ.), sia attraverso pattuizioni che abbiano l'effetto di attribuire la qualifica di «non scarsa importanza» a taluni specifici inadempimenti. Tutto ciò, in modo da superare in un futuro eventuale giudizio la valutazione prevista dall'art. 1455 cod. civ. ⁽¹¹⁷⁾.

Viceversa, pare ragionevole ritenere che le parti possano anche «depotenziare» taluni specifici inadempimenti, stabilendo che essi debbano ritenersi di «scarsa importanza» ai fini della risoluzione.

Le ragioni che giustificano la validità di entrambe le tipologie di patti è l'opportunità riconosciuta alle parti di valutare preventivamente il proprio interesse in relazione a taluni specifici inadempimenti ⁽¹¹⁸⁾.

Tanto premesso, è bene rilevare che un discorso diverso deve essere svolto per l'ipotesi in cui i contraenti escludano *tout court* l'accesso al rimedio risolutorio in caso di inadempimento. Infatti, l'esigenza delle parti di favorire la conservazione dei rapporti cui si vincolano potrebbe compromettere il diritto del contraente non inadempiente di liberarsi da un negozio rivelatosi non utile, per reperire altrove la prestazione originariamente promessa.

Si tratta, in altri termini, di riconoscere o negare validità a una clausola con cui uno o più parti contrattuali rinuncino preventivamente

⁽¹¹⁶⁾ Il quale dispone quanto segue: «Il consumatore può richiedere, a sua scelta, una congrua riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto ove ricorra una delle seguenti situazioni: a) la riparazione e la sostituzione sono impossibili o eccessivamente onerose; b) il venditore non ha provveduto alla riparazione o alla sostituzione del bene entro il termine congruo di cui al comma 5; c) la sostituzione o la riparazione precedentemente effettuata ha arrecato notevoli inconvenienti al consumatore».

⁽¹¹⁷⁾ U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato Bessone*, cit., 27.

⁽¹¹⁸⁾ U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato Bessone*, cit., 28.

all'azione di risoluzione a seguito dell'inadempimento della controparte ⁽¹¹⁹⁾. E ciò, in particolare, ove tale pattuizione non sia delimitata quanto agli inadempimenti deducibili, ma assuma al contrario una portata generale ⁽¹²⁰⁾.

3. Gli interessi sottesi alla stipulazione di una clausola di irrisolvibilità.

Depone in senso favorevole alla validità del patto di irrisolvibilità per inadempimento una prima e sommaria considerazione.

E' stato infatti affermato che, in linea di principio, la risoluzione è vicenda rimessa alla valutazione potestativa della parte non inadempiente, spettando a questa e solo a essa, in difetto dell'altrui esecuzione, decidere se rivolgersi al giudice richiedendo l'esecuzione coattiva, il risarcimento del danno o lo scioglimento del rapporto ⁽¹²¹⁾.

Potendo il contraente scegliere di non agire in giudizio per la risoluzione del contratto, si dovrebbe del pari ammettere che tale sua decisione possa essere oggetto di apposito patto contrattuale ⁽¹²²⁾. Tanto più che la clausola in commento può persino rivestire importanza strategica in taluni rapporti di rilevante portata economica, in cui può ben essere che una parte abbia interesse a evitare qualsiasi controversia che possa bloccare l'esecuzione del contratto, trasformandola in una pura pretesa patrimoniale ⁽¹²³⁾.

⁽¹¹⁹⁾ M. BORRIONE, *Comm. all'art. 1453 cod. civ.*, in *Commentario al codice civile, Contratto in generale*, tomo 2, a cura di P. Cendon, Milano, 2010, 1526, il quale puntualizza che "I problemi sorgono solo riguardo a una rinuncia a priori, poiché risulta chiara l'ammissibilità di una rinuncia successiva, non appena si consideri che il ricorso alla risoluzione del contratto non è imposto al contraente non inadempiente, bensì è concepito come una sua libera scelta".

⁽¹²⁰⁾ F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 16.

⁽¹²¹⁾ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2-IV, Milano, 1955, 131; L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1964, 402; di recente anche G. SICCHIERO, *La risoluzione dei contratti*, cit., 32.

⁽¹²²⁾ F. CARRESI, *Il Contratto*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, XXI, tomo II, Milano, 1987, 906, in nt. 539.

⁽¹²³⁾ G. SICCHIERO, *Comm. all'art. 1453 cod. civ.*, cit., 393.

Così ragionando, non sono mancati esempi in dottrina di come il patto risponderebbe all'esigenza di stabilizzazione del rapporto contrattuale e di conformazione del negozio giuridico in modo che esso sia idoneo a mantenerne l'efficacia pure a fronte di patologie della fase esecutiva ⁽¹²⁴⁾. In particolare, l'interesse alla base di tale necessità si atteggia diversamente a seconda dei casi: può far capo a una soltanto delle parti, a entrambi i contraenti, oppure a un terzo interessato alla fruttuosa esecuzione del contratto.

Ad esempio, nel *factoring* in cui l'impresa cessionaria si fa cedere dall'impresa cliente crediti non ancora esigibili al fine di incassarne il corrispettivo, è evidente l'interesse del *factor* a che gli effetti dei contratti ceduti non siano travolti dal rimedio risolutorio.

Ancora, nel contratto di *outsourcing*, il suddetto interesse è addirittura duplice. Invero, all'interesse del committente che ha dismesso gli strumenti per svolgere la funzione esternalizzata, fa fronte quello dell'*outsourcer* che ha programmato la propria organizzazione per provvedere a un determinato servizio, e desidera che fino alla completa esecuzione del contratto il vincolo non venga meno.

L'interesse alla conservazione del rapporto si colloca invece esternamente nelle operazioni di *project financing*, in cui gli enti finanziatori del progetto contano per il rientro del prestito sulla redditività del progetto medesimo. In particolare, tale redditività sarebbe assicurata da contratti di fornitura di beni o servizi che devono poter essere mantenuti fermi anche in caso di controversie nella fase esecutiva, per garantire quel flusso di reddito in capo alla società titolare del progetto che consente di rispettare il piano di rimborso del finanziamento concesso ⁽¹²⁵⁾.

Un problema analogo si pone anche nel caso del *sale and purchase agreement*, in cui la clausola di irrisolvibilità soddisfa l'interesse di tutti i soggetti coinvolti nell'operazione di compravendita, affinché il trasferi-

⁽¹²⁴⁾ F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 11.

⁽¹²⁵⁾ F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 11 s..

mento del pacchetto azionario della *target* si realizzi senza impedimenti⁽¹²⁶⁾.

In tutte queste ipotesi, quindi, le parti rinunciano a qualsiasi rimedio ablativo previsto dalla legge (come la risoluzione, l'annullamento e la rescissione) e accettano l'indennizzo quale unico strumento di tutela per soddisfare i diritti e le aspettative nascenti dal contratto⁽¹²⁷⁾.

La ragione della scelta di concludere contratti la cui risoluzione è resa più difficile (o è impedita del tutto) è dunque che, in talune occasioni, un simile rimedio risulta inadeguato alla protezione degli interessi delle parti, le quali preferiscono il mantenimento del contratto alla sua cancellazione a causa della complessità della operazione economica sottesa alla stipulazione del negozio.

4. Gli argomenti contrari alla validità dei patti che escludono la risoluzione.

Se analizzata alla luce degli interessi alla conservazione del rapporto appena richiamati, la rinuncia preventiva all'azione di risoluzione non pare in effetti così "scandalosa". Si è detto, invero, che molteplici sono le ragioni per cui le parti possono ritenere inopportuno il ricorso a rimedi tendenti alla rimozione del vincolo contrattuale.

Ciò nonostante, l'opinione di gran lunga prevalente nell'ambito della civilistica italiana del secolo scorso ha negato l'ammissibilità della clausola di esclusione della risoluzione *ex art. 1453 ss. cod. civ.*

Benché nei primi decenni del '900 l'insegnamento tradizionale fosse per lo più favorevole alla signoria della volontà privata nella disciplina

⁽¹²⁶⁾ Cfr. G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., 220: "Senza dubbio, quindi, una clausola di irresolubilità risponde all'interesse dei creditori delle parti ed è verosimile che vi siano numerosi terzi interessati e coinvolti da una cessione di partecipazioni societarie".

⁽¹²⁷⁾ G. SICCHIERO, *Comm. all'art. 1453 cod. civ.*, cit., 393, il quale ricorda che, in aggiunta, le parti sono solite prevedere un successivo meccanismo di determinazione degli ipotetici danni patiti dal compratore.

delle conseguenze dell'inadempimento ⁽¹²⁸⁾, col passare del tempo alcuni autori iniziarono a negare la validità dei patti di irrisolubilità in ragione della natura sanzionatoria – e quindi inderogabile – delle norme in tema di risoluzione del contratto per inadempimento ⁽¹²⁹⁾.

Secondo questa lettura, ammettere il patto d'irrisolubilità significherebbe consentire che le parti possano dare funzione causale non solo alla prestazione in forma specifica, ma anche al risarcimento del danno per il mancato adempimento ⁽¹³⁰⁾. Di qui, l'invalidità degli accordi tesi a limitare o escludere il diritto del creditore a ottenere lo scioglimento del vincolo negoziale.

A queste obiezioni altri studiosi hanno però replicato rilevando che tali critiche trascurerebbero, da un lato, che l'altro soggetto del rapporto, attraverso la risoluzione del contratto, perde il suo diritto di esigere la prestazione dovutagli; e dall'altro lato che, attraverso l'estinzione del rapporto obbligatorio, l'inadempiente perde il diritto acquistato col con-

⁽¹²⁸⁾ In questo senso, cfr. G. OSTI, *La risoluzione del contratto per inadempimento, Fondamenti e principi generali*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1973, 401 ss.; E. ENRIETTI, *La risoluzione del contratto in generale*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1948, 815; sotto il vigore dell'attuale codice, la tesi è stata ripresa da F. CARRESI, *Il Contratto*, cit., 906, in nt. 539, il quale ha affermato che “Una volta riconosciuta la validità del pactum de non exequendo, viene meno ogni ragione per escludere la validità del factum de non resolvendo, posto che il non poter agire per risolvere un contratto rappresenta un minus rispetto al non poter agire affatto: come è anche dimostrato dalla circostanza che, mentre il potere di agire per l'esecuzione del contratto spetta a ogni interessato, il potere di risolverlo, quando la parte sia impersonata da più soggetti, spetta solo alla totalità di essi”.

⁽¹²⁹⁾ In particolare, secondo tale ricostruzione, la risoluzione costituisce una sanzione, posta dall'ordinamento giuridico, attraverso la quale il contraente inadempiente perde il diritto a pretendere che il contraente non inadempiente esegua la propria prestazione. Per questo indirizzo, l'ordinamento mira a punire la parte inadempiente e a tale fine dispone il sacrificio del suo interesse a conseguire la prestazione dovutagli dall'altra parte e, correlativamente, la liberazione di quest'ultima dall'obbligo di eseguire la sua prestazione; cfr. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 147 e 157; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2-IV, Milano, 1955, 131; G. GORLA, *Del rischio e del pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, 138, 143 ss..

⁽¹³⁰⁾ G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 489; in tempi più recenti, cfr. C.M. BIANCA, *Comm. all'art. 1229 cod. civ., Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro it., 1967, 482, il quale ha però di recente limitato la nullità del patto al caso in cui la risoluzione del contratto per inadempimento sia esclusa per inadempimento doloso o colposo: a questo proposito, cfr. C.M. BIANCA, *La responsabilità*, in *Trattato di dir. civ.*, 5, Milano, 1994, 260, 3.

tratto e acquista il vantaggio della liberazione dalla posizione di debitore⁽¹³¹⁾.

Inoltre, secondo la medesima dottrina, tali opinioni non considererebbero che la sanzione prevista per l'inadempimento sia espressamente stabilita dall'ordinamento e consista nel risarcimento del danno, non nella risoluzione⁽¹³²⁾.

In tempi più recenti, superata questa concezione sanzionatoria e qualificata la risoluzione come un potere riconosciuto dalla legge al contraente non inadempiente, il tema dell'ammissibilità o meno della clausola di irrisolubilità è stato collegato alla valutazione delle ripercussioni che l'esclusione della risolubilità del contratto ha nei confronti della struttura e della causa dell'atto negoziale⁽¹³³⁾.

Muovendo da questa impostazione, il principio causalistico è stato addotto per contestare l'ammissibilità degli accordi di rinuncia preventiva alla risoluzione, in quanto idonei a trasformare due promesse originariamente reciproche in due promesse autonome, gratuite o dedotte in gioco⁽¹³⁴⁾.

⁽¹³¹⁾ E. DELL'AQUILA, *La ratio della risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 852; B. GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto*, Napoli, 1973.

⁽¹³²⁾ Così F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 20, il quale richiama F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3 ed., Milano, 1948, 481; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale, Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro it., 1970, 271: "La sanzione contro l'inadempimento non consiste certo nell'azione risolutiva, ma nel risarcimento del danno (...) che la legge infatti esplicitamente pone come ulteriore e ben distinta conseguenza dell'inadempienza"; secondo lo stesso autore, inoltre, "il carattere di pena che la risoluzione rivestirebbe nei confronti dell'inadempimento è soltanto occasionale e comunque dipendente da circostanze (parzialmente) estrinseche all'imputabilità dell'inadempimento; e cioè quando il rapporto di scambio abbia rappresentato per l'inadempiente un "buon affare". Di qui, l'impossibilità di elevare un effetto soltanto eventuale della risoluzione a contrassegno del fenomeno"; cfr. anche BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 1137, il quale osserva che vi sarebbe stato un mutamento di prospettiva del vigente art. 1453 cod. civ. rispetto al precedente art. 1165 cod. civ., precisando che "ormai è la legge che attribuisce senz'altro il diritto alla risoluzione"; sul punto, cfr. anche F. DELFINI, *Inadempimento e "diritto alla risoluzione". Clausola penale e principio nominalistico*, in *Contr.*, 6, 1995, 570.

⁽¹³³⁾ M. BORRIONE, *Comm. all'art. 1453 cod. civ.*, in *Commentario Cendon*, cit., 1526.

⁽¹³⁴⁾ In questo senso, cfr. R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, cit., 936, il quale affermava che "Esistono per lo meno gravi dubbi in ordine alla validità di una clausola di irrisolubilità". Occorre considerare sin d'ora, però, che l'autore rivedrà in futuro la propria interpretazione, sostenendo la possibile validità degli accordi in commento; a tal riguardo cfr. R. SACCO, *Le risoluzioni per inadempimento*, in *Il contratto*, Tomo II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, 617, in cui l'Autore aderisce alla ricostruzione inaugurata da F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 109 s..

Più precisamente, si è sostenuto che promettere una prestazione per ottenere una controprestazione e, nel contempo, consentire l'irrisolubilità dell'accordo, significherebbe porsi nella logica della donazione o del gioco, accettando di arricchire la controparte ove questa si renda inadempiente al contratto e insolubile rispetto a un'obbligazione risarcitoria ⁽¹³⁵⁾. Ne deriverebbe, secondo quest'orientamento, il carattere "sospetto" di tutti gli accordi contenenti clausole limitative del rimedio risolutorio, e "il dubbio se siffatte attribuzioni patrimoniali eventualmente gratuite siano lecite e dotate di causa sufficiente" ⁽¹³⁶⁾.

Quest'ultima argomentazione non è parsa però condivisibile agli studiosi che hanno compiuto un'attenta ricognizione dei patti limitativi della risoluzione per inadempimento ⁽¹³⁷⁾. Sotto un primo profilo, poiché si baserebbe sulla voluta indifferenziazione tra causa del contratto (sinallagma genetico) e nesso di dipendenza tra le prestazioni nella fase esecutiva del rapporto (sinallagma funzionale) ⁽¹³⁸⁾.

⁽¹³⁵⁾ Cfr. ancora R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, cit., 936, l'Autore rileva inoltre che "sarebbe uno strano gioco quello che fosse volto a costruire il rischio dell'inadempimento della controparte"; in risposta all'obiezione che la clausola di irresolubilità renderebbe autonome due promesse originariamente reciproche, è stato di recente sostenuto – cfr. G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 24 s. – che, sebbene una clausola di irresolubilità abbia l'effetto di attenuare il rapporto di interdipendenza tra le prestazioni (disattivando una delle forme di tutela legale contro l'inattuazione dello scambio), ciò nonostante non sarebbe in grado di trasformare l'accordo nella somma di due promesse autonome. Ciò, in quanto "la promessa reciproca di due prestazioni, ciascuna comunque assistita dalla domanda di adempimento coattivo e dall'eventuale rimedio risarcitorio, e la conseguente costituzione a carico di ciascuna delle parti di un dovere di prestazione azionabile, escludono in radice tanto l'idea della gratuità, quanto il concetto di alea che contraddistingue il gioco e la scommessa".

⁽¹³⁶⁾ Sono parole di R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, in *Tratt. Sacco*, cit., 616; dello stesso avviso anche V. SCALFI, *Risoluzione del contratto*, cit., 4, riferendosi, però, unicamente al tipo di clausola di irresolubilità in cui all'esclusione del rimedio risolutorio si accompagnassero l'esclusione dell'esecuzione in forma specifica e del risarcimento del danno: "La clausola di irresolubilità piena sarebbe illecita perché essa avrebbe l'effetto di far rivivere le due promesse in modo autonomo, introducendo nel contratto un elemento di aleatorietà come nel gioco, nel senso che i contraenti accetterebbero preventivamente che uno di essi possa arricchirsi a danno dell'altro": lo stesso Autore conclude così affermando quanto segue: "In vista di ciò reputo che la clausola possa essere considerata nulla allorché sopprima la tutela giudiziaria connessa alla stessa corrispettività: ancor più evidente è la nullità allorché non sia nemmeno realizzabile l'adempimento in forma specifica": nel medesimo senso anche U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, *Commento artt. 1453-1454*, cit., 110, secondo il quale un patto di irresolubilità verrebbe addirittura a "sovvertire la funzione stessa dei contratti a prestazioni corrispettive e come tale sarebbe privo d'effetti"; è importante sottolineare che la medesima dottrina si era però mostrata da subito favorevole al patto di irresolubilità per impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità sopravvenuta, qualificando espressamente come derogabili gli artt. 1463, 1464, 1465, 1467 e 1468 cod. civ..

⁽¹³⁷⁾ F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 14-16.

⁽¹³⁸⁾ Cfr. F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 23 s..

Secondariamente, giacché trascurerebbe che pur negandosi validità alla clausola di irrisolubilità, il contraente fedele sarebbe in ogni caso posto al riparo dalla possibilità che il negozio concluso si risolva in un ingiustificato arricchimento della controparte, per la possibilità di ottenere la restituzione della propria prestazione ⁽¹³⁹⁾.

5. Le condizioni di validità ed efficacia delle clausole di irrisolubilità.

A ben vedere, le posizioni sopra illustrate – quelle favorevoli e quelle contrarie all'ammissibilità della clausola di irrisolubilità – non sembrano in effetti così inconciliabili.

Del resto, chi in passato ha negato la validità di tali pattuizioni si è riferito unicamente all'ipotesi di esclusione assoluta della risoluzione, con conseguente alterazione causale del contratto dovuta all'impossibilità di soddisfare l'interesse del creditore ⁽¹⁴⁰⁾.

Viceversa, coloro che in tempi recenti ammettono la validità di questa clausola ⁽¹⁴¹⁾, suggeriscono di distinguere l'ipotesi in cui l'esclusione della risoluzione si accompagna all'esclusione dell'esecuzione in forma specifica e del risarcimento del danno ⁽¹⁴²⁾; dall'ipotesi di «semplice» irrisolubilità, in cui questi due rimedi rimangono esperibili e pare non esservi fondamento normativo per sancire la nullità della clausola di rinuncia.

In quest'ultimo caso, infatti, il patto di evitanda risoluzione non sarebbe incompatibile con l'essenza o la funzione del contratto, consentendo il rafforzamento e la conservazione del rapporto negoziale in ipotesi

⁽¹³⁹⁾ La posizione mostrava di presupporre che il patto di irrisolubilità si accompagnasse immanicabilmente alla rinuncia all'azione di risarcimento e a quella di esatto adempimento: costituisse, cioè, rinuncia in blocco ai tre rimedi compendati nell'art. 1453 cod. civ..

⁽¹⁴⁰⁾ V. SCALFI, *Risoluzione del contratto*, cit., 4.

⁽¹⁴¹⁾ G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, 37-38.

⁽¹⁴²⁾ Cfr. G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, cit., 38, secondo cui in questo caso “Si è al di fuori del contratto a prestazioni corrispettive: si è di fronte a un contratto con obbligazioni di una parte soltanto”.

in cui la decisione di risoluzione possa causare inefficienti sprechi di risorse ⁽¹⁴³⁾.

In considerazione di tale interpretazione, alcuni autori ⁽¹⁴⁴⁾ hanno impostato la propria indagine in maniera parzialmente differente rispetto a quanto fatto dai predecessori. Così, sono state per la prima volta abbandonate le affermazioni di principio sulla generale e astratta validità o invalidità della clausola in esame, per preferire un'indagine finalizzata all'elaborazione di vere e proprie condizioni di ammissibilità dei patti di deroga dell'art. 1453 cod. civ. ⁽¹⁴⁵⁾.

5.1. La conservazione degli altri rimedi sinallagmatici.

La premessa da cui muove la dottrina appena richiamata ⁽¹⁴⁶⁾ è che il rimedio risolutorio non è l'unico in grado di garantire la tutela del contraente fedele al verificarsi dell'altrui inadempimento.

Si ritiene, infatti, che un simile risultato potrebbe essere conseguito in misura altrettanto soddisfacente mediante il ricorso a strumenti come l'azione di esatto adempimento (tutela in forma specifica) e l'azione di risarcimento del danno (tutela per equivalente), i quali ugualmente permettono di evitare ingiustificati squilibri nei rapporti tra le parti ⁽¹⁴⁷⁾.

In proposito, autorevole dottrina ha osservato che ciò che garantisce la presenza del requisito causale di un contratto non è la certezza di conseguire la prestazione che ne rappresenta l'oggetto, bensì la presenza di una repromissione. Di modo che, in presenza di tale repromissione (quella che negli ordinamenti di *common law* prende il nome di *conside-*

⁽¹⁴³⁾ F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 61 s..

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr. F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 44 ss..

⁽¹⁴⁵⁾ L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012, 194 s..

⁽¹⁴⁶⁾ F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 61 s..

⁽¹⁴⁷⁾ F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 14-16; la soluzione qui esposta è condivisa oggi da autorevole dottrina civilistica; al riguardo, cfr. R. SACCO, *Le risoluzioni per inadempimento*, in *Tratt. Sacco*, cit., 617 s..

ration) non potrebbe esservi spazio per una nullità per mancanza di causa⁽¹⁴⁸⁾.

Sulla base di tali principi, si è così sostenuto che i patti limitativi della risoluzione per inadempimento sarebbero validi, dal momento che il creditore avrebbe sempre a disposizione sia l'azione di adempimento sia quella di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale. In questo modo, pur rinunciando preventivamente allo scioglimento del vincolo, la parte fedele non rimarrebbe mai priva di un idoneo strumento di tutela⁽¹⁴⁹⁾.

Parrebbe, dunque, che la clausola d'irrisolubilità espressa possa ritenersi valida a condizione che non alteri il sinallagma contrattuale e la parte fedele mantenga il diritto di agire per l'adempimento o il risarcimento del danno.

Questa soluzione trova conferma nel confronto tra la disciplina di cui agli artt. 1453 ss. e le norme dettate per le altre tipologie di risoluzione.

Quanto alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, la dottrina che in passato ha negato la legittimità dei patti di irrisolubilità per inadempimento⁽¹⁵⁰⁾ si è contestualmente dichiarata favorevole ai patti che escludono il rimedio risolutorio per impossibilità sopravvenuta e per eccessiva onerosità sopravvenuta.

In particolare, si è affermato che gli artt. 1467 ss. cod. civ. sembrano fare salva la differente volontà delle parti⁽¹⁵¹⁾, tanto in merito una diversa modulazione degli effetti risolutivi, quanto relativamente

⁽¹⁴⁸⁾ Il riferimento è a G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, 139.

⁽¹⁴⁹⁾ G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, cit., 37-38; in altri termini, secondo questa dottrina, “qualora l'esclusione del rimedio risolutorio si accompagnasse all'esclusione dell'esecuzione in forma specifica e all'esclusione del risarcimento del danno non ci si troverebbe più nell'ambito del contratto con prestazioni corrispettive, bensì di fronte al contratto con obbligazione di una soltanto delle due parti”; se viceversa “all'esclusione del rimedio della risoluzione per inadempimento si contrapponesse il permanere dell'azione di adempimento e dell'azione di risarcimento del danno, non vi sarebbe fondamento normativo per sancire la nullità della clausola”; la tesi è stata successivamente riproposta dal medesimo autore in *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2011, 219.

⁽¹⁵⁰⁾ R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, cit., 978-979; 988-989.

⁽¹⁵¹⁾ G. DE NOVA, *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. De Nova, Milano, 1994, 8.

all'esclusione *in toto* del rimedio in commento. In proposito, emblematico sarebbe il disposto dell'art. 1469 cod. civ., nella parte in cui fa riferimento ai contratti aleatori per volontà delle parti ⁽¹⁵²⁾.

Riguardo alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta, invece, gli stessi autori hanno osservato che “gli effetti previsti dagli artt. 1463 e 1464 cod. civ. non hanno nulla di cogente”, conseguentemente “le parti possono distribuire i rischi dell'impossibilità in modo del tutto diverso”. Ma vi è di più, poiché secondo la medesima interpretazione “tutte le disposizioni contenute negli artt. 1465 ss. hanno carattere dispositivo e sono derogabili” ⁽¹⁵³⁾.

Autorevole dottrina ha così ritenuto irragionevole considerare valida la clausola di rinuncia preventiva alla risoluzione per il caso d'impossibilità sopravvenuta e di eccessiva onerosità sopravvenuta, dopo che se ne è negata la validità per il caso dell'inadempimento, dato che nelle prime due ipotesi non si avrebbe nemmeno la possibilità di riequilibrio del rapporto sul piano risarcitorio ⁽¹⁵⁴⁾.

La disparità di trattamento sarebbe giustificata adducendo la immoralità della speculazione di una parte sul proprio inadempimento. Ma, a tal proposito, è stato ricordato che l'ordinamento all'art. 2932, primo

⁽¹⁵²⁾ R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, cit., 988 s.; G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, cit., 40: “Ciò significherebbe altresì che la derogabilità della disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta non viene a coincidere con la facoltà delle parti di concludere contratti aleatori invece che contratti commutativi. Viene a coincidere con la facoltà delle parti di accollare a un determinato rischio a una parte, con conseguente esclusione della risoluzione in caso di avveramento di quell'evento. Conferma che la esclusione della risoluzione per eccessiva onerosità non comporta necessariamente la trasformazione del contratto commutativo in contratto aleatorio si trae dalla elaborazione in merito all'esclusione della rescissione dei prezzi nell'appalto (art. 1664 cod. civ.)”.

⁽¹⁵³⁾ R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, cit., 978 s.; conseguentemente, G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, cit., 39, ha rilevato che “se ciò significa soltanto che le parti possono regolare diversamente dalla legge gli effetti dello scioglimento, si può convenire; se invece con ciò ci si vuole spingere sino a dire che può essere esclusa la risoluzione, non si capirebbe perché si debba dubitare della validità della clausola di irresolubilità per inadempimento, ed invece ammettere la irresolubilità in caso di impossibilità, ove non esiste neppure il temperamento dell'azione di adempimento e dell'azione di risarcimento”; secondo l'Autore, se alla controparte fosse precluso il rimedio risolutorio e, quindi, questa dovesse necessariamente adempiere, l'esito sarebbe la trasformazione di un contratto originariamente a prestazioni corrispettive, in uno con obbligazioni a carico di una sola parte; la sinallagmaticità tra le prestazioni, dunque non sarebbe rispettata; di conseguenza, un'eventuale clausola che escludesse la risoluzione in caso di impossibilità della prestazione di una delle parti sarebbe nulla.

⁽¹⁵⁴⁾ F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 24..

comma, cod. civ., consente esplicitamente la esclusione della azione di esecuzione e, coerentemente con quanto sostenuto, gli stessi autori dovrebbero rinvenirvi una deroga al sinallagma funzionale ben più incisiva di quella denunciata, rappresentando l'azione di manutenzione quella destinata fisiologicamente all'attuazione del vincolo contrattuale, ed essendo, al contrario, quella di risoluzione finalizzata solo alla sua rimozione⁽¹⁵⁵⁾.

In virtù di questi rilievi, sembra potersi sostenere la validità del patto che esclude la risoluzione per inadempimento, in alternativa alla quale l'art. 1453 cod. civ. espressamente prevede l'azione di adempimento⁽¹⁵⁶⁾. Ne consegue la possibilità di pervenire a una prima conclusione: la clausola di irresolubilità espressa è valida purché non spezzi la corrispettività del rapporto⁽¹⁵⁷⁾; il patto che esclude la risoluzione per inadempimento sarà dunque meritevole di tutela laddove il contraente fedele conservi la facoltà di avvalersi degli altri rimedi sinallagmatici, come l'azione di adempimento⁽¹⁵⁸⁾ o il risarcimento del danno⁽¹⁵⁹⁾.

⁽¹⁵⁵⁾ F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 24 s..

⁽¹⁵⁶⁾ Cfr. ancora F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 24, il quale afferma che: "Tale disparità di trattamento viene giustificata adducendo la immoralità della speculazione di una parte sul proprio futuro inadempimento. Ma può ricordarsi che lo stesso ordinamento, all'art. 2932, 1° comma, cod. civ., consente esplicitamente la esclusione della azione di esecuzione e, coerentemente con quanto sostenuto, la medesima dottrina dovrebbe rinvenirvi una deroga al sinallagma funzionale ben più incisiva di quella denunciata"; sulla esclusione della scelta tra azione di risoluzione e di adempimento, con previsione della risoluzione *ipso iure* al verificarsi dell'inadempimento, cfr. A. SMOROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982, 216 s..

⁽¹⁵⁷⁾ A. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali. Artt. 1987-1991*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1996, 503: "Il vincolo obbligatorio che sorge da un contratto è esposto alle influenze delle vicende del rapporto. L'autonomia negoziale può regolare l'estensione e l'intensità di tali influenze", ma non può "isolare del tutto l'obbligazione dal rapporto contrattuale elidendo lo stesso fondamento del vincolo"; la salvaguardia del principio consensualistico sarebbe pur sempre "il limite intrinseco da rispettare".

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. G. VISINTINI, *inadempimento e mora del debitore. Artt. 1218-1222 cod. civ.*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, 2008, 452 s., secondo cui "Nell'ambito dei rimedi alternativi alla risoluzione e fra le tecniche di conservazione del contratto può svolgere un ruolo la richiesta di risarcimento in forma specifica nella prospettiva della costruzione di una situazione pressoché identica a quella che si sarebbe avuta senza il verificarsi del danno".

⁽¹⁵⁹⁾ L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., 195; nello stesso senso, G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, cit., 38: "Se l'esclusione del rimedio della risoluzione si accompagna all'esclusione dell'esecuzione in forma specifica e all'esclusione del risarcimento del danno, si è al di fuori del contratto a prestazioni corrispettive: si è di fronte ad un contratto con obbligazioni di una parte soltanto. Se invece all'esclusione del rimedio della risoluzione si contrappone il permanere dell'azione di adempimento e di risarcimento, non pare vi sia fondamento normativo per sancire la nullità della clausola".

5.2. Il rispetto dei limiti imposti dall'art. 1229 cod. civ..

Ciò chiarito, è necessario verificare quanti e quali rimedi debbano residuare affinché il sinallagma funzionale possa dirsi ancora sussistente; e, in particolare, se sia necessario che vengano mantenuti tutti i rimedi sinallagmatici o, piuttosto, perché il contratto rimanga commutativo, se è sufficiente che le parti non li abbiano esclusi tutti.

Alcuni interpreti hanno proposto di risolvere il quesito sulla derogabilità o meno dell'art. 1453 cod. civ. facendo riferimento alla circostanza che l'art. 1462 cod. civ., nello stabilire l'inefficacia delle clausole volte a escludere la proponibilità delle eccezioni di nullità, annullabilità e rescissione, non menzioni la risoluzione. Tale norma, infatti, permette alle parti di inserire nel contratto clausole che limitino la proponibilità di alcune eccezioni, non specificando quali, ma escludendone espressamente alcune.

L'argomento è condivisibile, ma non appare del tutto decisivo.

E' vero che siccome tra le azioni estromesse non rientra l'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 cod. civ. si può ritenere valida la clausola c.d. *solve et repete*. Tuttavia, è anche vero che, per quanto riguarda l'esclusione più forte, quella della risoluzione per inadempimento, la possibilità di escluderla validamente non sembra potersi affermare con sicurezza sulla base dell'art. 1462 cod. civ., dato che è questa stessa norma a essere oggetto di incertezze interpretative (in particolare, non è chiaro se l'elenco di eccezioni che non possono essere escluse sia tassativo o esemplificativo) ⁽¹⁶⁰⁾.

Inoltre, in linea di principio, non sembra un criterio pienamente soddisfacente ritenere che ciò che non è dal legislatore vietato, allora sia permesso.

⁽¹⁶⁰⁾ G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., 219.

Per rispondere ai quesiti sollevati, alcuni autori ⁽¹⁶¹⁾ hanno così equiparato il patto di irrisolubilità a una clausola di esonero da responsabilità e hanno sostenuto che il dato normativo dal quale si potrebbe desumere la legittimità delle clausole che escludono la risoluzione per inadempimento sarebbe da rinvenire nella disciplina prevista dall'art. 1229 cod. civ..

Infatti, è limitazione della responsabilità non solo quella che riguarda il “grado della colpa del debitore, ma anche e soprattutto, quella che incide sugli effetti dell'inadempimento imputabile” ⁽¹⁶²⁾.

Secondo questa ricostruzione, i patti di esclusione o limitazione della risoluzione per inadempimento sarebbero validi entro gli stessi limiti in cui il legislatore consente la predisposizione delle clausole di cui all'art. 1229 cod. civ. ⁽¹⁶³⁾. In questo modo, il patto che limita la risoluzione sfuggirebbe a un giudizio di invalidità, con il solo limite dell'ipotesi in cui la clausola sia inserita per il caso di inadempimento imputabile a dolo o colpa grave ⁽¹⁶⁴⁾.

⁽¹⁶¹⁾ F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 75 ss..

⁽¹⁶²⁾ C.M. BIANCA, *Comm. all'art. 1229 cod. civ.*, cit., 482.

⁽¹⁶³⁾ In questo senso si erano già espressi C.M. BIANCA, *Comm. all'art. 1229 cod. civ.*, 482; tali conclusioni sono state confermate da C. MENICHINO, *Le clausole di irresponsabilità contrattuale*, Milano, 2008, 17, la quale ha incluso il patto che esclude la risoluzione per inadempimento tra le sue «clausole di irresponsabilità» e ha sottolineato (a pag. 18) che “nella medesima direzione di questa definizione “allargata” (ndr. delle clausole di esonero e limitazione della responsabilità) si inseriscono i “Principi di diritto europeo dei contratti” elaborati dalla Commissione presieduta da Ole Lando. Tali principi disciplinano all'art. 8:109 la “clausola di esclusione o di limitazione delle tutele”, che il commento ufficiale considera come le azioni concesse al creditore in caso di inadempimento (come l'azione di risoluzione o di riduzione del prezzo)”; di recente, nel senso della necessaria connessione tra il patto di irrisolubilità e l'art. 1229 cod. civ., si è espresso G. SICCHIERO, *Comm. all'art. 1453 cod. civ.*, cit., 413; per un recente contributo sull'art. 1229 cod. civ., cfr. A. D'ADDA, *Art. 1229 cod. civ.*, in *Delle obbligazioni*, artt. 1218-1276, volume a cura di V. Cuffaro, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2013, 345 ss., e in particolare 359 ss..

⁽¹⁶⁴⁾ La conclusione è di F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 109; secondo L. BERTINO, *Sulla validità di una clausola di irrisolubilità del contratto per inadempimento*, in *NGCC*, 2013, 10, 546, questo sarebbe un tentativo di “ricondere una clausola apparentemente atipica (c.d. clausola di irrisolubilità) ad un modello di clausola tipica, la cui disciplina è conosciuta e studiata (clausola di esonero da responsabilità)”. Tuttavia, l'Autore ritiene che “le clausole di esonero da responsabilità disciplinano le conseguenze che l'inadempimento determina nel patrimonio del debitore, con particolare riguardo al tema del risarcimento del danno. Viceversa, con la clausola di irrisolubilità non si incide affatto sull'azione di risarcimento del danno, bensì solo ed esclusivamente sul sinallagma tra le prestazioni, con conseguente difficoltà di equiparare le due tipologie di clausole”. Questa teoria non è nuova, ma è di U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato Bessone*, cit., 28 s..

La trasposizione di questa norma in materia di risoluzione ha tuttavia sollevato alcune questioni interpretative.

Coloro i quali hanno considerato l'art. 1229 cod. civ. norma applicabile alla clausola di irresolubilità, hanno interpretato il termine «responsabilità» come uno strumento del linguaggio giuridico che racchiude, in funzione semantica, una complessa disciplina ⁽¹⁶⁵⁾. In questo senso, con tale espressione non si dovrebbe intendere solo l'effetto del risarcimento del danno, “ma anche gli altri effetti ricollegati dalla legge al fatto dell'inadempimento” (e, come ricordato sopra, la risoluzione rientra tra le conseguenze che la legge ricollega a questo fatto).

Diversamente, però, altri studiosi hanno sostenuto che il tema della derogabilità o meno dell'art. 1453 cod. civ. non possa essere risolto sulla base dell'art. 1229 cod. civ., giacché le due questioni si pongono su piani diversi e indipendenti ⁽¹⁶⁶⁾.

Secondo tale dottrina, la clausola di esonero da responsabilità riguarderebbe le conseguenze negative che l'inadempimento può causare al patrimonio del creditore e disciplinerebbe il risarcimento del danno; la risoluzione, invece, rimarrebbe sul piano dei presupposti, guardando al sinallagma esistente tra le prestazioni e all'inadempimento di un contraente, e all'interesse del creditore di liberarsi dal vincolo contrattuale eventualmente anche per recuperare la prestazione già eseguita.

A ben vedere, però, questi argomenti assumerebbero valore decisivo solo a fronte della rinuncia di un contraente a qualsiasi forma di tutela che non si trova però mai nei contratti sinallagmatici; non varrebbero, invece, nel caso di selezione del tipo di protezione utilizzabile ⁽¹⁶⁷⁾.

A titolo esemplificativo è stato quindi osservato che la rinuncia alla risoluzione a favore della manutenzione e/o del risarcimento ben può svolgere la funzione concreta di mantenere fermo il nuovo assetto pro-

⁽¹⁶⁵⁾ F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 76.

⁽¹⁶⁶⁾ U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato Bessone*, cit., 28.

⁽¹⁶⁷⁾ G. SICCHIERO, *La risoluzione dei contratti*, cit., 33.

prietario nel trasferimento di partecipazioni azionarie, senza eliminare ogni tutela a favore del contraente deluso ⁽¹⁶⁸⁾.

Tutto ciò consente di trarre una seconda conclusione in merito all'ammissibilità della clausola in commento: la clausola di irrisolubilità è valida, purché l'inadempimento non origini da dolo o colpa grave; in caso contrario, il patto con cui si esclude la risoluzione viene travolto dall'art. 1229 cod. civ.. E' limitazione di responsabilità, infatti, non solo quella concernente il grado della colpa del debitore, ma anche, e soprattutto, quella che incide sugli effetti dell'inadempimento imputabile ⁽¹⁶⁹⁾.

Ciò significa che, ove siano ravvisabili dolo o colpa grave, dovranno considerarsi nulle le clausole che escludono o limitano la risoluzione per inadempimento e i suoi effetti ⁽¹⁷⁰⁾.

5.3. La possibile disapplicazione della clausola di irrisolubilità.

Raggiunte queste conclusioni, ci si può interrogare sul rapporto tra l'irrisolubilità del vincolo negoziale e le prestazioni che in concreto sono oggetto del contratto.

La prima ipotesi da prendere in considerazione è quella in cui il contraente fedele sia creditore di una somma di denaro. In questa circostanza, l'esclusione del rimedio risolutorio non può arrecare alcun pregiudizio alla parte che vi rinunci, sia nel caso in cui questi non abbia ancora eseguito la propria prestazione; sia nel caso in cui egli abbia già adempiuto l'obbligazione promessa.

Infatti, se la controparte non adempie, il contraente fedele ha interesse a mantenere gli effetti del contratto e ad agire per l'adempimento e

⁽¹⁶⁸⁾ G. SICCHIERO, *La risoluzione dei contratti*, cit., 33; secondo l'Autore, si tratterebbe peraltro "di una soluzione che lo stesso legislatore ha codificato, prevedendo la non risolubilità della transazione novativa ove una specifica clausola non la consenta (art. 1976 cod. civ.), a dimostrazione del fatto che la scelta del rimedio è nella disponibilità delle parti".

⁽¹⁶⁹⁾ C.M. BIANCA, *Comm. all'art. 1229 cod. civ.*, cit., 482; in questo senso già F. BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971, 67.

⁽¹⁷⁰⁾ L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., 194 s..

il risarcimento del danno. Non ha invece alcun interesse a risolvere e – qualora abbia già adempiuto – a recuperare la propria prestazione ⁽¹⁷¹⁾. Di qui, la possibilità di affermare che non vi sono ragioni per considerare la preventiva rinuncia alla risoluzione quale fonte di grave pregiudizio per i diritti del creditore di una somma di denaro; e che, pertanto, non possono prospettarsi motivi di inammissibilità di una simile esclusione del rimedio sinallagmatico ⁽¹⁷²⁾.

Le difficoltà sorgono nell'ipotesi più delicata in cui il contraente che rinuncia alla risoluzione sia creditore della prestazione caratteristica del contratto ⁽¹⁷³⁾.

Esistono fattispecie in cui chi subisce l'adempimento ha interesse a liberarsi dal vincolo contrattuale, promuovendo l'azione di risoluzione *ex art. 1453 cod. civ.*. Ciò può accadere nelle ipotesi di «inadempienza impossibilitante», allorché la prestazione caratteristica sia divenuta impossibile o definitivamente inutile ⁽¹⁷⁴⁾; oppure quando un contraente non sia più in grado di adempiere per colpa propria o dimostri di non volere eseguire una prestazione di fare infungibile.

In tutti questi casi, l'azione di adempimento sarà *de facto* esclusa. E' quindi evidente che la risoluzione del contratto sia l'unico rimedio idoneo a soddisfare l'interesse del creditore (scioglimento del contratto con conseguente recupero della prestazione eseguita) e ove tale strumen-

⁽¹⁷¹⁾ U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato Bessone*, cit., 29: “*Se si tratta di cose mobili, il recupero di esse, sempre che resti possibile, dopo lunghi tempi processuali si rivela privo di interesse; se si tratta di una prestazione di fare, il recupero del suo controvalore non gli dà certo soddisfazione economica maggiore dell'agire per l'adempimento e conseguire il prezzo contrattuale. Nei peraltro rari casi in cui il contraente potrebbe forse avere interesse a recuperare la cosa consegnata alla controparte nel caso di inadempimento di questa (si pensi ad un oggetto prezioso, come un quadro o un mobile antico, che nel frattempo abbia visto crescere il suo valore economico), egli – consapevole della sua preventiva rinuncia alla risoluzione – è perfettamente in grado di tutelarsi con l'eccezione di inadempimento: non consegna la cosa se non viene contestualmente pagato*”.

⁽¹⁷²⁾ U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato Bessone*, cit., 29.

⁽¹⁷³⁾ U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato Bessone*, cit., 29.

⁽¹⁷⁴⁾ Si tratta del caso emblematico del vestito da sposa non consegnato in tempo utile per la celebrazione del matrimonio.

to fosse escluso, l'interesse della parte fedele rimarrebbe privo di qualsiasi tutela ⁽¹⁷⁵⁾.

In tale contesto, la clausola di irrisolubilità non trova più giustificazione nella scelta del contraente fedele di conservare il diritto alla controprestazione in forma specifica ⁽¹⁷⁶⁾. Sicché, un intervento correttivo del giudice dovrebbe essere ammesso per disapplicare tale pattuizione, in via di applicazione analogica dell'art. 1462, secondo comma, cod. civ. ⁽¹⁷⁷⁾.

Per le ragioni esaminate, terza e ultima condizione di efficacia della clausola di irrisolubilità è che ove il contraente fedele non possa ottenere tutela attraverso la via dell'adempimento, risultando tale azione di fatto non percorribile perché materialmente o giuridicamente impossibile, la clausola di irrisolubilità – pur valida – dovrebbe allora essere disapplicata ⁽¹⁷⁸⁾.

6. Gli orientamenti della giurisprudenza.

Il tema della validità delle clausole di rinuncia preventiva alla risoluzione per inadempimento non è stato ancora trattato in modo esaustivo dalla giurisprudenza italiana. Dall'analisi delle isolate pronunce emesse in merito al patto di irrisolubilità, non emerge infatti un quadro completo da cui poter desumere in maniera univoca la posizione degli interpreti sugli accordi in commento ⁽¹⁷⁹⁾.

⁽¹⁷⁵⁾ Cfr. F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 82.

⁽¹⁷⁶⁾ F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 83.

⁽¹⁷⁷⁾ F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 83; potere di disapplicazione che, secondo l'Autore, sarebbe invocabile anche ove “*la parte fedele non abbia ancora prestato e tuttavia non possa opporre l'art. 1461 cod. civ. perché non vi è stato un vero e proprio deterioramento delle condizioni patrimoniali dell'altra parte, ma ricorrono altri «gravi motivi» (quali ad esempio il timore che la situazione di inadempienza, inizialmente non imputabile a dolo o colpa grave, possa protrarsi intenzionalmente, ovvero possa dar luogo a definitiva impossibilità della prestazione, ecc.)*”.

⁽¹⁷⁸⁾ L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., 195 s..

⁽¹⁷⁹⁾ Cfr. G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, cit., 26 s., il quale osserva che le opinioni in ordine alla legittimità della clausola di irrisolubilità sarebbero divise; a questo riguardo, sarebbe pertanto “*Significativo il silenzio della giurisprudenza in ordine alla validità della pattuizione in esame, pur valendo la pena sottolineare che la meno remota tra le rarissime decisioni in merito è nel*

Il primo tentativo giurisprudenziale di occuparsi dei patti di rinuncia preventiva alla risoluzione per inadempimento è stato compiuto dalla Suprema Corte intorno alla metà degli anni '60 ⁽¹⁸⁰⁾. In quell'occasione, i giudici di legittimità hanno stabilito che la clausola esclusiva del rimedio risolutorio deve ritenersi radicalmente nulla ove escluda al contempo anche l'azione di risarcimento del danno.

Questa interpretazione – su cui hanno avuto una decisiva influenza gli orientamenti dottrinali che si andavano affermando in quel periodo ⁽¹⁸¹⁾ – si fonda sulla considerazione che il patto con cui il contraente rinunci preventivamente e incondizionatamente ai due rimedi contrattuali eliderebbe la stessa causa del contratto e pregiudicherebbe la libertà negoziale delle parti, non residuando a tutela del contraente fedele alcuna azione per ristabilire l'equilibrio sinallagmatico compromesso dall'inadempimento della controparte.

In tempi più recenti, la Cassazione è ritornata sul tema della clausola di irrisolubilità, da un lato stabilendo che la rinuncia preventiva al diritto potestativo di chiedere la risoluzione per inadempimento deve risultare da un'esplicita manifestazione di volontà o da elementi concludenti, univoci e incompatibili con l'intento di conservare il potere anzidetto ⁽¹⁸²⁾; e dall'altro lato, affermando che l'ammissibilità della clausola di irrisolubilità dovrebbe essere valutata in relazione a quanto previsto dall'art. 1229 cod. civ. ⁽¹⁸³⁾.

Il nuovo orientamento non ha tuttavia determinato il definitivo superamento dei dubbi interpretativi sollevati dalla dottrina, che in quel periodo si era dimostrata fermamente contraria al riconoscimento di simili

senso della validità"; il riferimento è a Cass., 18 giugno 1980, n. 3866, in *Rep. Foro it.*, voce "Contratto in genere", n. 276.

⁽¹⁸⁰⁾ Cfr. Cass., 30 ottobre 1965, n. 2324, in *Foro it.*, 1966, I, 1459.

⁽¹⁸¹⁾ Cfr. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 147 e 157; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 131; G. GORLA, *Del rischio e del pericolo nelle obbligazioni*, cit., 138, 143 ss..

⁽¹⁸²⁾ Cass., 18 giugno 1980, n. 3866, cit.; nonché in *Giust. civ. Mass.*, 1980, fasc. 6.

⁽¹⁸³⁾ Così equiparando il patto in esame alla clausola di limitazione della responsabilità; cfr. Cass. 18 giugno 1980, n. 3866, cit..

accordi nell'ambito dell'ordinamento italiano ⁽¹⁸⁴⁾. Infatti, nella seconda metà degli anni '80, prima la giurisprudenza arbitrale ⁽¹⁸⁵⁾ e poi quella di legittimità ⁽¹⁸⁶⁾ hanno negato l'ammissibilità delle clausole con cui le parti escludevano che l'inadempimento imputabile di una di esse potesse essere fonte di risoluzione da parte dell'altro contraente ⁽¹⁸⁷⁾.

In particolare, secondo la Suprema Corte, un simile «*patto di evitanda risoluzione*» sarebbe nullo, poiché le parti non possono sottrarre il contratto che stipulano al rimedio della risoluzione, essendo quella contenuta nell'art. 1455 cod. civ. sull'importanza dell'inadempimento norma “impermeabile alla volontà delle parti” ⁽¹⁸⁸⁾.

In senso favorevole all'applicazione dell'art. 1229 cod. civ. alle clausole di irrisolubilità si sono però espresse qualche anno dopo le Se-

⁽¹⁸⁴⁾ Cfr. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 147 e 157; R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, cit., 936; V. SCALFI, *Risoluzione del contratto*, cit., 4; U. CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 110.

⁽¹⁸⁵⁾ Collegio arbitrale, 24 giugno 1987, in *Foro pad.*, 1987, I, 507, il quale ha giudicato nulla la clausola contenuta in un accordo commerciale che prevedeva il diritto, a favore di uno soltanto dei contraenti, di risolvere il contratto al verificarsi di qualsiasi inadempienza della controparte; secondo il Collegio, tale previsione sarebbe stata in contrasto con “*i principi di diritto secondo i quali l'inadempimento di una parte legittima l'altra a chiedere la risoluzione*”. Nella nota di commento al lodo arbitrale si legge, però, che occorrerebbe fare una distinzione “*tra le ipotesi in cui una parte rinunci al diritto di risolvere il contratto di fronte dell'inadempimento altrui, conservando tuttavia gli altri rimedi attribuiti dalla legge (risarcimento danni ed eventuale domanda di adempimento) dall'ipotesi in cui la nomina abbraccia tutti tali rimedi*”; l'ignoto autore conclude che “*mentre in quest'ultima ipotesi si profila la lesione del diritto costituzionale di difesa, nella prima la questione appare più opinabile*”.

⁽¹⁸⁶⁾ Cass., 4 febbraio 1988, n. 1086, inedita, ma oggetto di una nota di commento da parte di uno dei difensori delle parti: cfr. P. VITUCCI, *Ogni ritardo sarà considerato di scarsa importanza*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, 577.

⁽¹⁸⁷⁾ Attenendosi all'analisi svolta da P. VITUCCI, *Ogni ritardo sarà considerato di scarsa importanza*, cit., 577, la Cassazione avrebbe ritenuto nullo il patto di un contratto di compravendita di merci, con cui le parti avevano previsto, da un lato, che i termini di consegna dovessero ritenersi in ogni caso indicativi; e dall'altro che, di conseguenza, la loro inosservanza da parte del venditore non avrebbe potuto in alcun caso essere fonte di responsabilità per la stessa né fonte di risoluzione del contratto, precisandosi che ogni ritardo sarebbe stato comunque considerato dal compratore di scarsa importanza agli effetti dell'art. 1455 civ. cod.; secondo L. BERTINO, *Sulla validità di una clausola di irrisolubilità del contratto per inadempimento*, cit., 539, il patto avrebbe avuto due principali funzioni: (i) quella di escludere ogni dubbio sull'esistenza di un accordo delle parti circa l'essenzialità del termine per l'adempimento; e (ii) quella di vincolare l'interprete, eventualmente chiamato a compiere una valutazione sulla non scarsa importanza temporale dell'inadempimento, a considerare lieve il semplice ritardo della consegna dei beni da parte del venditore.

⁽¹⁸⁸⁾ Così P. VITUCCI, *Ogni ritardo sarà considerato di scarsa importanza*, cit., 579; a pag. 581, tuttavia, l'Autore sottolinea che il rimedio generale della risoluzione del contratto non vale a ristabilire l'equilibrio fra le posizioni dei contraenti, in quanto a tal fine nell'ordinamento provvedono le eventuali restituzioni e il risarcimento del danno; e a tali sanzioni, continua l'Autore, “*la clausola in esame non comporta alcuna rinuncia*”.

zioni Unite con una decisione di grande rilievo ai fini della presente indagine ⁽¹⁸⁹⁾.

Chiamati a pronunciarsi proprio sull'applicazione della norma citata alle clausole esclusive della risoluzione per inadempimento, per la prima volta in maniera netta i giudici di legittimità hanno proclamato l'esistenza di un legame tra queste previsioni e l'art. 1229 cod. civ..

Più precisamente, secondo la Suprema Corte, questa disposizione avrebbe due diversi raggi d'azione. Il primo riguarda le clausole che limitano in vario modo il grado della colpa; il secondo, invece, attiene agli effetti dell'inadempimento imputabile. A sua volta, l'ultimo dei due profili dovrebbe essere distinto in quello relativo all'esclusione della risolvibilità del contratto per certi tipi di inadempimento e in quello afferente alla limitazione del risarcimento del danno conseguente all'inadempimento ⁽¹⁹⁰⁾.

L'analisi svolta dalla Cassazione offre un indice importante in favore della possibilità di ricollegare il giudizio sulla validità del patto di irrisolvibilità al rispetto dei limiti fissati dall'art. 1229 cod. civ.. In senso conforme sembrerebbe essersi espressa una recentissima pronuncia della stessa Corte, seppur al fine di confutare la legittimità dell'esclusione convenzionale della risoluzione per inadempimento ⁽¹⁹¹⁾.

In particolare, secondo la Suprema Corte, l'art. 1229 cod. civ. dispone che è nulla qualsiasi previsione che escluda o limiti preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave, comportando altresì la nullità di ogni patto di irresponsabilità che abbia per oggetto gli effetti dell'inadempimento imputabile ⁽¹⁹²⁾.

⁽¹⁸⁹⁾ Cass., 1° luglio 1994, n. 6225, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, II, 467; nonché in *Foro it.*, 1994, I, 3429.

⁽¹⁹⁰⁾ Così, Cass. 1° luglio 1994, n. 6225, cit..

⁽¹⁹¹⁾ Cass., 9 maggio 2012, n. 7054, in *Giur it.*, 11, 2012, 2255, con nota critica di G. SICCHIERO, *Nullità della clausola di rinuncia alla risoluzione e massime mentitorie*.

⁽¹⁹²⁾ Cfr. Cass. 9 maggio 2012, n. 7054, cit.; la Corte non specifica, però, se in quest'ultimo caso il riferimento sia ai soli inadempimenti dovuti a dolo o colpa grave, ovvero anche a quelli imputabili a colpa semplice.

Al riguardo, tuttavia, si segnala l'opinione di chi ha duramente criticato la decisione emessa dai giudici di legittimità (e, in particolare, i redattori della massima) ⁽¹⁹³⁾.

Secondo questa dottrina, mentre la Cassazione nella prima parte della motivazione avrebbe correttamente accertato che “la clausola contrattuale non contiene alcun patto di esclusione del diritto alla risoluzione” ⁽¹⁹⁴⁾; nella seconda parte – e in maniera del tutto ultronea – avrebbe invece affermato la nullità delle clausole limitative della risoluzione per inadempimento, alla luce della loro presunta contrarietà con i principi di cui all'art. 1229 cod. civ. ⁽¹⁹⁵⁾.

Sotto quest'ultimo profilo, è appena il caso di notare che la Corte non precisa le ragioni che giustificano il proprio riferimento alle clausole di esonero da responsabilità. Pertanto, volendo attribuire un significato a tale richiamo, si potrebbe supporre che la volontà della Cassazione fosse tutt'al più di ritenere valida la clausola di evitanda risoluzione nei medesimi limiti di cui all'art. 1229 cod. civ., escludendo così la loro legittimità in caso di inadempimento imputabile a dolo o colpa grave.

Malgrado le incertezze interpretative appena esaminate, in ogni caso, sembrerebbe affermarsi anche in giurisprudenza la teoria secondo cui il patto di rinuncia preventiva alla risoluzione per inadempimento è valido entro i limiti di cui all'art. 1229 cod. civ. ⁽¹⁹⁶⁾.

⁽¹⁹³⁾ G. SICCHIERO, *Nullità della clausola di rinuncia alla risoluzione e massime mentitorie*, cit., 2255 s..

⁽¹⁹⁴⁾ Sono le parole della Cassazione nella sentenza del 9 maggio 2012, n. 7054, riprese da G. SICCHIERO, *Nullità della clausola di rinuncia alla risoluzione e massime mentitorie*, cit., 2256.

⁽¹⁹⁵⁾ Cfr. G. SICCHIERO, *Nullità della clausola di rinuncia alla risoluzione e massime mentitorie*, cit., 2256: “Quando ho letto la massima della sentenza in commento, che non condivido, ho cercato il testo della sentenza per comprenderne i motivi: come il Lettore può notare, la decisione aveva accertato, in punto di fatto, che «la clausola contrattuale non contiene alcun patto di esclusione del diritto alla risoluzione per inadempimento» e tanto doveva bastare per chiudere subito l'argomento. La successiva pronuncia sulla nullità di una tale clausola era dunque del tutto ultronea, un obiter dictum completamente inutile al fine della decisione, che però ormai è entrato nei massimari e di lì nel circolo dei principi affermati dal S.C.”.

⁽¹⁹⁶⁾ F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit.; si segnala altresì Cass., 28 febbraio 2013, n. 5033, in *Giust. civ.*, 2013, 1737 (con nota di D'Auria), in materia di preliminare di compravendita immobiliare, con cui la Suprema Corte ha stabilito che “la clausola con la quale le parti escludano la risoluzione per colpa del promittente venditore quando risulti l'insanabilità del bene oggetto del contratto, non vale a rendere il preliminare un contratto aleatorio, dal momento che l'abusività

7. Conclusioni.

E' possibile concludere che, in ultima analisi, la clausola di rinuncia preventiva alla risoluzione per inadempimento sia valida nell'ambito dell'ordinamento italiano.

Superando la dottrina più risalente, la cui posizione appariva radicalmente negativa rispetto alla legittimità del patto in commento, i più recenti orientamenti dottrinali propendono infatti per la sua ammissibilità.

Occorre tuttavia essere vigili nel valutare la liceità di una simile previsione, poiché essa colpisce l'elemento più caratterizzante del contratto a prestazioni corrispettive, ossia la sua risolubilità ⁽¹⁹⁷⁾.

Già s'è rilevato, invero, che da un lato la validità della clausola di rinuncia preventiva alla risoluzione per inadempimento dipende dal rispetto delle condizioni imposte dall'art. 1229 cod. civ.; e che dall'altro lato sarebbe riconosciuto in capo al giudice il potere di disapplicare il patto in questione, ove l'azione di adempimento sia di fatto non esperibile e l'interesse del contraente fedele rimanga privo di effettiva tutela ⁽¹⁹⁸⁾.

La questione del patto di irrisolubilità ha trovato recentemente soluzione anche nell'esperienza francese.

Sul punto si richiama una recente pronuncia della Cour de Cassation ⁽¹⁹⁹⁾ con cui il supremo collegio transalpino ha ribadito che l'art. 1184 Code civil, in tema di risoluzione per inadempimento, non è quali-

dell'immobile preclude per impossibilità sopravvenuta la stipula del definitivo"; è necessario considerare che, in questa occasione, il tema della validità della esclusione della risoluzione per inadempimento si intrecciava con quello dell'impossibilità sopravvenuta e che la Cassazione è stata chiamata a esprimersi sul profilo della natura aleatoria di un'operazione di compravendita immobiliare che contenga un patto di irrisolubilità; ciò nonostante, il principio di diritto espresso dalla Suprema Corte può essere utilmente letto anche alla luce del tema che qui interessa.

⁽¹⁹⁷⁾ Così, M. D'AURIA, *Il patto di irrisolubilità: profili problematici*, in *Giust. civ.*, 2013, 1741.

⁽¹⁹⁸⁾ Sul punto, cfr. U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato Bessone*, cit., 30, il quale suggerisce di "astenersi da dubbie affermazioni di principio circa la generale e astratta validità o invalidità della clausola in esame", e di procedere a valutazioni caso per caso alla luce della "concreta condotta del contraente" e del "tipo di prestazione adempiuta".

⁽¹⁹⁹⁾ Cour de Cassation, 3 novembre 2011, n. 10-26203, tratta dal sito web www.legifrance.gouv.fr.

ficabile come norma di ordine pubblico e come tale può essere liberamente derogato dall'autonomia negoziale.

E' stato osservato, in proposito, che "la pronuncia è di grande rilievo anche per il diritto italiano, perché l'art. 1184 Code civil, così derogato, ha mantenuto sostanzialmente il medesimo testo dell'originario Code Napoleon dal quale era stato fedelmente tratto il nostro art. 1165 del codice civile del 1865: e la diversa formulazione dell'attuale art. 1453 cod. civ. è esclusivamente più moderna nel delineare il fondamento della risoluzione – abbandonando la finzione di una condizione risolutiva sempre sottintesa nei contratti bilaterali – ma non ne ha in alcun modo innovato il profilo rimediale che qui interessa" ⁽²⁰⁰⁾.

A questo punto si tratta, allora, di verificare se la soluzione di stabilire un legame tra il patto di irrisolvibilità e la disciplina sulle clausole di esonero da responsabilità trovi riscontro negli ordinamenti in cui la *sole remedy clause* è sorta – e in particolare, in quello inglese – nonché di indagare se esistano ulteriori indici idonei a dimostrare la fondatezza dell'opinione che sembra oggi prevalere nell'ambito della dottrina e della giurisprudenza italiane, in ordine ai limiti di validità ed efficacia degli accordi oggetto del presente studio.

⁽²⁰⁰⁾ F. DELFINI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 576.

CAPITOLO III

FUNZIONE E LIMITI DELLE CLAUSOLE DI IRRESPONSABILITÀ NEL *COMMON LAW* INGLESE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Brevi cenni sulla disciplina dei rimedi contrattuali nel *common law* inglese. – 3. Il risarcimento del danno per equivalente: i *compensatory damages* e le ragioni della preferenza per i rimedi compensativi. – 4. Autonomia privata e inadempimento contrattuale: gli *agreed remedies*. – 5. Le *exclusion and limitation clauses*: funzione ed effetti delle clausole di irresponsabilità nel *common law* inglese. – 6. *Exemption clauses* e contratti tra imprese: il limite della ragionevolezza del patto di esonero della responsabilità e dei rimedi. – 7. Il caso *Fujitsu Services v IBM UK*: l'oggetto dell'indagine sulla ragionevolezza dell'esclusione dei rimedi contrattuali. – 8. *Exemption clauses* e inadempimenti imputabili a dolo e colpa grave. – 9. Conclusioni.

1. Premessa.

Al giorno d'oggi il contratto si presenta sempre più come un corpo autosufficiente di norme in cui le parti si accordano su aspetti estremamente analitici della vicenda negoziale. Si assiste così alla proliferazione di definizioni, allegati e, soprattutto, clausole ⁽²⁰¹⁾ con cui i contraenti rifuggono il ricorso all'autorità giudiziaria e l'integrazione del contratto mediante fonti esterne di natura non convenzionale ⁽²⁰²⁾.

E' stato osservato, tuttavia, che la prassi dei contratti internazionali resta pur sempre ancorata a un diritto statale di supporto, poiché i consulenti delle aziende che operano sul mercato globale sono soliti inserire nei testi che predispongono una clausola sul diritto applicabile denominata «*applicable law clause*» ⁽²⁰³⁾.

⁽²⁰¹⁾ Si tratta spesso delle c.d. *boilerplate clauses*; sul punto, cfr. E. BETTO - D. SALUZZO, *Mind the gap - 2: clausole penali e di liquidated damages nel diritto inglese e nelle principali giurisdizioni di civil law*, cit., 13, il quale definisce tali clausole come “*Pattuzioni di origine anglosassone, dal contenuto standardizzato, che operano a prescindere dalla natura e oggetto del contratto e vengono pertanto ampiamente utilizzate nella pratica commerciale internazionale*”; dalla dottrina inglese, cfr. anche A. STILTON, *Sale of Shares and Businesses: Law, Practice and Agreements*, cit., 110: “*Sale and purchase agreements will typically contain a number of clauses which do not have great commercial significance but which the lawyers normally like (for good reasons) to see in the agreement*”.

⁽²⁰²⁾ L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., 191 s..

⁽²⁰³⁾ O anche «*governing law clause*»; sul punto, cfr. G. DE NOVA, *Contratti senza Stato (a proposito del Draft CFR)*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 669: “*Talora la scelta di un determinato diritto applicabile mira all'applicazione di un diritto statale che sia friendly. Così si è osservato che nei contratti finanziari sui mercati internazionali dei capitali di Londra e New York [le parti] tendono a scegliere come legge applicabile quella di un Paese a regolamentazione liberale. Talora la scelta è dettata dall'esigenza di fare comunque riferimento ad un ordinamento statale, quasi per horror vacui*”.

Accade così sovente di imbattersi in contratti alieni ⁽²⁰⁴⁾ aventi clausole “impregnate di *common law*” ⁽²⁰⁵⁾, e talvolta in dissonanza rispetto alle norme imperative della legge applicabile (nel nostro caso, quella italiana). Con alcune di queste pattuizioni l’interprete nazionale ha sicura dimestichezza ⁽²⁰⁶⁾. Riguardo ad altre, invece, la confidenza del giurista italiano può essere scarsa, giacché si tratta di patti che incidono su una disciplina ritenuta di appannaggio esclusivo (o quasi) del nostro legislatore.

Tra le clausole più diffuse nell’ambito della contrattualistica commerciale internazionale vi sono indubbiamente le *sole remedy clauses* che trovano origine negli ordinamenti di *common law*, ma vengono abitualmente utilizzate dai consulenti legali di tutto il mondo per regolare gli interessi delle parti in ordine alla futura ed eventuale inesatta realizzazione della prestazione dedotta in contratto. Tali clausole rappresentano il prodotto di una peculiare concezione dei rimedi sinallagmatici, in virtù della quale il contraente non inadempiente preferisce ricevere una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno, piuttosto che ricorrere all’autorità giudiziaria per ottenere l’esecuzione forzata del suo credito in forma specifica ⁽²⁰⁷⁾.

In linea di principio, la funzione delle *sole remedy clauses* è duplice: per un verso, enunciano i rimedi a disposizione dei contraenti al verificarsi di un evento particolare; per altro verso, escludono l’applicazione di tutti gli altri rimedi non espressamente indicati nella clausola.

⁽²⁰⁴⁾ Per un approfondimento sul tema, cfr. G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2010.

⁽²⁰⁵⁾ G. DE NOVA, *Contratti senza Stato (a proposito del Draft CFR)*, cit., 669.

⁽²⁰⁶⁾ Cfr. L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., 192, il quale richiama le clausole sull’interpretazione, quelle sull’inversione dell’onere della prova, le clausole di rinegoziazione, le clausole che limitano la facoltà di opporre eccezioni, e le clausole che prevedono limitazioni o esoneri di responsabilità.

⁽²⁰⁷⁾ Cfr. T. LUNDMARK, *Verbose Contracts*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 49, No. 1 (Winter, 2001), 121 s., il quale ritiene che questa sia una delle ragioni che determina la maggiore lunghezza dei contratti redatti dai legali anglosassoni rispetto a quelli dei loro colleghi europei: “*In this predicament, the need for clarity and specificity mounts dramatically. The Anglo-American attorney would very much like to be able to show the other party and its counsel exactly what performance is expected under the contract, and what the relevant law on the particular subject is. The repetition of uncontroversial general principles of law (boilerplate) and the detailed specification of performance contingencies are relatively low-cost devices to spur voluntary performance of the contract in this context*”.

Malgrado la notevole diffusione dei patti in argomento, non va però trascurata una circostanza di carattere preliminare.

Va infatti considerato che simili clausole sono tipicamente inserite in contratti pensati e strutturati secondo modelli di *common law*, e rispondono perciò a esigenze comunemente avvertite dalle parti nell'esperienza contrattuale anglosassone. Lo studio di queste pattuizioni, quindi, va anzitutto contestualizzato all'interno dei sistemi in cui esse sono sorte, al fine di verificarne il loro originario statuto giuridico.

Peraltro, neppure va dimenticato che, sotto il profilo della natura di tali accordi, negli ordinamenti di *common law* le *sole remedy clauses* rientrano nella più ampia categoria delle c.d. «*exemption clauses*», espressione con cui si è soliti definire le clausole che escludono o limitano le conseguenze derivanti dall'inadempimento imputabile del contratto (rispettivamente, «*exclusion clauses*» e «*limitation clauses*»).

L'analisi di tali patti appare soprattutto rilevante al fine di dimostrare la legittimità delle clausole oggetto della presente ricerca, ossia le clausole di irrisolubilità del contratto per inadempimento, poiché, secondo la dottrina più attenta, nell'ordinamento italiano queste ultime sembrano riconducibili alle clausole di cui all'art. 1229 cod. civ. ⁽²⁰⁸⁾.

In questa prospettiva, sarà dunque necessario esaminare il regime delle *exemption clauses* nel sistema inglese, al fine comprendere il loro funzionamento nonché i limiti che la prassi di *common law* pone all'utilizzo di queste pattuizioni. Non prima, però, di aver tratteggiato un quadro d'insieme sui rimedi contrattuali offerti del sistema inglese in caso di inadempimento.

2. Brevi cenni sulla disciplina dei rimedi contrattuali nel *common law* inglese.

⁽²⁰⁸⁾ Così, C. MENICHINO, *Clausole di irresponsabilità contrattuale*, cit., 2 ss.; nello stesso senso, F. DELFINI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 574.

La disciplina dell'inadempimento contrattuale presenta nel *common law* caratteristiche del tutto peculiari rispetto alle regole poste dagli ordinamenti di *civil law* ⁽²⁰⁹⁾, con una portata più vasta di quella che i sistemi giuridici della tradizione continentale ci hanno abituato a considerare ⁽²¹⁰⁾.

Secondo una comune opinione, il principio fondamentale del diritto inglese dei contratti è quello della c.d. «*sanctity of contract*», il quale solennemente sancisce la portata obbligatoria del contratto, in quanto idoneo a creare la più solida delle relazioni giuridicamente rilevanti tra le parti stipulanti ⁽²¹¹⁾. Conseguenziale è quindi la concezione secondo cui la vita del contratto coincide con quella del vincolo obbligatorio, nel senso che, venuto meno per qualsiasi causa quest'ultimo, il primo si estingue ⁽²¹²⁾.

Dal punto di vista terminologico, il modo più accreditato per descrivere il fenomeno dell'estinzione del contratto – quale effetto dello

⁽²⁰⁹⁾ Cfr. J. O'SALLIVAN, *Reflections on the Role of Restitutionary Damages to Protect Contractual Expectations*, in D. Johnston e R. Zimmermann (eds), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge, 2002, 327-334, il quale ha però rilevato la scarsa attitudine dell'ordinamento inglese alla tutela dell'interesse alla prestazione contrattuale, in quanto il sistema dei rimedi di *common law* non riconoscerebbe la dovuta importanza al *performance interest*; altri autori hanno evidenziato anche l'apparente riluttanza del sistema inglese nel proteggere l'interesse di chi ricorre all'autorità giudiziaria in caso di inadempimento della controparte; in questo senso cfr. C. WEBB, *Performance and Compensation: an Analysis of Contract Damages and Contractual Obligation* (2006), OJLS 41; a sostegno di questo pensiero, nella giurisprudenza inglese, cfr. il discorso di Lord Bridge in *Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth* [1996] AC 353 (HL), il quale ha osservato che la legge inglese sulla responsabilità contrattuale “normally proceeds on the assumption that each contracting party's interest in the bargain was purely commercial and that the loss resulting from a breach of contract is measurable in purely economic terms. But this assumption may not always be appropriate”; nonché il caso *Alfred McAlpine Construction Ltd v Panatown Ltd*, [2001] AC 518 (HL) 581, in cui Lord Millet ha sottolineato che “If the failure of English law to award substantial damages in proper cases defeats the parties' expectations and leads to injustice, the fault [lies] in the unduly narrow way in which the courts have approached the concept of loss”.

⁽²¹⁰⁾ Cfr. P. PARRINI, *La voce dell'equity nella cattiva sorte dei contratti*, in *Comm. int.*, 10, 1998, 439: “Tipica al riguardo è la figura dell'“anticipatory breach of contract” che si verifica quando una delle parti dichiara di non voler eseguire la propria obbligazione (renunciation) oppure quando la condotta della medesima rende impossibile la successiva esecuzione; in questa ipotesi l'altra parte ha la facoltà di tener fermo il contratto (alive) e allora l'anticipatory breach diventa un inadempimento puro e semplice, oppure può accettare l'inadempimento e pretendere il risarcimento del danno prima che sia scaduto il termine previsto nel contratto”.

⁽²¹¹⁾ Sul punto, cfr. D.H. PARRY, *The Sanctity of Contracts in English Law*, London, 1987 (rist. 1959).

⁽²¹²⁾ M. SERIO, *La tutela della parte adempiente: il principio di effettività del rimedio risarcitorio e la sua attuazione negli ordinamenti nazionali*, in *Europa e dir. priv.*, 4, 2010, 1087.

scioglimento a qualsiasi titolo del rapporto obbligatorio – va sotto l’evocativo nome di «*discharge of contract*» ⁽²¹³⁾. Tra le varie ipotesi di *discharge* si segnala quella relativa al verificarsi di un fatto ostativo alla esecuzione del contratto, nota come «*discharge by breach*» ⁽²¹⁴⁾.

Nel perimetro del *common law* inglese, i rimedi contrattuali si distinguono in *judicial remedies* e *non-judicial remedies* (come la *liquidated damages clause* e la *penalty clause*). I *judicial remedies*, a loro volta, possono suddividersi in rimedi «*at law*», come il risarcimento del danno o la tutela possessoria, e in rimedi «*equitable*», come la *injunction* e la *specific performance*.

Ciò dimostrerebbe che il rimedio implica una ponderazione di interessi da parte del giudice: tale si ritiene il giudizio sulla risarcibilità del danno, ma in modo ancora più spiccato la c.d. «*balance of hardship*», che subordina la possibilità di chiedere la *injunction* alla valutazione della sua gravosità ⁽²¹⁵⁾. A ciò si aggiunga che la cifra dei rimedi in *equity* risiede già nel sindacato in concreto dell’inadeguatezza dei rimedi *at law* ⁽²¹⁶⁾.

Sotto un differente profilo, i rimedi contrattuali di *common law* possono essere classificati in base al grado di protezione che sono in grado di garantire al *performance interest* ⁽²¹⁷⁾.

A questo ulteriore riguardo, avremo da un lato i rimedi tipici dell’*equity* (ossia la *specific performance* e la *injunction*), concedibili solo nel caso di mancata esecuzione di obblighi di fare infungibili e non ottenibili ove producano effetti troppo gravosi a carico del debitore; e dall’altro lato la *termination*, istituto analogo a quello della risoluzione,

⁽²¹³⁾ P.S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, 1981, 3rd ed., 288 s..

⁽²¹⁴⁾ Oltre al recesso unilaterale (c.d. *unilateral discharge*), al mutuo consenso (c.d. *discharge by performance*) e all’impossibilità fisica, giuridica, commerciale sopravvenuta (c.d. *discharge by frustration*); sul punto, cfr. P.S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, 3rd ed., cit., 288 s..

⁽²¹⁵⁾ Così, S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Remedies in contract. The Common Rules for a European Law*, a cura di G. Vettori, Milano, 2008, 149.

⁽²¹⁶⁾ Cfr. S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, cit., 149.

⁽²¹⁷⁾ A questo riguardo, nella *case law* inglese, cfr. il caso *Falcke v Gray* (1859) 4 Drew 651, deciso dalla Vice Chancellors’s Court; nonché il caso *Patel v Ali* (1984) Ch. 283, deciso dalla Chancery Court.

poiché finalizzato alla caducazione degli effetti del contratto e alla liberazione delle parti dalle rispettive obbligazioni ⁽²¹⁸⁾.

Quanto ai primi, i c.d. *specific remedies* ⁽²¹⁹⁾, s'è accennato che vi sono ipotesi in cui il risarcimento per equivalente non rappresenta un rimedio soddisfacente, poiché in molte occasioni è preferibile prevenire il danno, piuttosto che doverlo curare una volta verificatosi. Soccorrono a quest'esigenza la *injunction* ⁽²²⁰⁾ e la *specific performance* ⁽²²¹⁾, sorte in seno alle corti di *equity* di primo grado (Court of Chancery) e di secondo grado (Court of Appeal in Chancery), al fine di rimediare alle insufficienze e alla rigidità del sistema di *common law*.

Merita in sintesi soltanto segnalare che la principale differenza rispetto a quanto previsto negli ordinamenti dell'Europa continentale, è rappresentata dall'assenza di un diritto del creditore a ricevere la prestazione in forma specifica ⁽²²²⁾; per questa ragione, gli *specific remedies*

⁽²¹⁸⁾ Cfr. H. BEALE, H. HARTKAMP, H. KÖTZ, D. TALLON, *Cases, materials and texts on contract law*, Oxford - Portland, 2002, 745; S. ROWAN, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, Oxford, 2012, 5, secondo la quale la *termination* "Does not provide the promisee with any of his bargained-for performance. It actually renders the contract incapable of performance. In terms of outcome, and at least when seen in isolation, it can therefore be regarded as the antithesis of performance". Si segnala altresì la sussistenza dell'ulteriore rimedio della «withholding of performance», ossia nel diritto riconosciuto alla parte non inadempiente di rifiutare la propria prestazione finché l'altra non abbia adempiuto; a questo proposito cfr. G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, 4th ed., 1975, 528 in nt. 32; nonché il caso *Poussard v Spiers* (1876) 1 QB D 410; cfr. anche D. FRIEDMANN, *The performance interest in contract damages*, (1995) 111 Law Quarterly Review, 629, il quale propone una differente classificazione dei rimedi di *common law*, suddividendo gli stessi tra *specific remedies* e *substitutional remedies*.

⁽²¹⁹⁾ Cfr. G. JONES - W. GOODHART, *Specific Performance*, 2nd ed., London, 1996, 1: "A specific remedy is a court order which compels the promisor to fulfil his contractual promise".

⁽²²⁰⁾ Si tratta di un rimedio che non trova equivalenza nel nostro ordinamento e può definirsi come l'ordine con il quale il giudice impone un obbligo di fare (*mandatory injunction*) o di non fare (*prohibition injunction*), la cui violazione costituisce «contempt of court», ossia un reato. La *injunction* può avere altresì carattere di urgenza con la «*preliminary injunction*»; a titolo di esempio costituisce una *prohibition injunction* il provvedimento emesso dal giudice con il quale si vieta di effettuare ulteriori violazioni di un diritto di brevetto; costituisce invece un *mandatory injunction* il provvedimento con il quale il giudice ordina l'esecuzione in forma specifica di un contratto.

⁽²²¹⁾ Il *decree of specific performance* è spesso concesso in materia di contratti relativi all'acquisto di azioni o di obbligazioni di società commerciali ed è subordinato alla ineccepibile condotta dell'istante, il quale deve presentarsi al giudice secondo l'espressione «*with clean hands*»: con le mani pulite; al contrario, il rimedio in discorso non viene di norma concesso: (i) in materia di contratto di vendita di merce; (ii) nei contratti con prestazioni *intuitu personae*; e, naturalmente (iii) quando l'esecuzione dell'adempimento specifico risulterebbe impossibile.

⁽²²²⁾ Cfr. A. DI MAJO, *L'adempimento quale rimedio*, in *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 123 ss.; questa concezione sarebbe in piena sintonia con la filosofia del contratto caratteristica del *common law*, in cui l'obbligo tende a garantire l'equivalente monetario, e il sacrificio sofferto dal debitore ina-

sono il risultato di un atto discrezionale del giudice che, in via di equità, è disposto a intimare al contraente inadempiente di effettuare la prestazione promessa ⁽²²³⁾. Ben si comprende, dunque, come il carattere straordinario di questi strumenti di tutela renda l'accesso al risarcimento del danno in forma specifica risulti assai limitato ⁽²²⁴⁾.

La *termination*, invece, è definita come “*the remedy by which one party is released from its obligation to perform because of the other party's defective or non-performance*” ⁽²²⁵⁾.

dempiente a causa del proprio adempimento coattivo non risulta spesso proporzionato al beneficio che ne ricava l'altra parte.

⁽²²³⁾ Tra i casi in cui si fa maggiormente ricorso al rimedio della “*specific performance*”, si segnala quello dei contratti di vendita fondiaria, dove un rimedio di natura pecuniaria potrebbe apparire inadeguato (data l'unicità di ciascun terreno), ben potendo l'acquirente sottolineare come la proprietà fondiaria oggetto dell'accordo non possa essere acquistata altrove e che, pertanto, un mero risarcimento in denaro potrebbe non essere sufficiente a tutelare i propri interessi.

⁽²²⁴⁾ Così, S. ROWAN, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, cit., 25, la quale sul punto ha osservato che “*The English law is generally reluctant to compel a party in breach of contract to perform a non-monetary obligation. It makes no difference that performance is still possible*”; le fattispecie in cui di norma si fa ricorso agli *specific remedies* sono esclusivamente quelle che vedono coinvolti beni infungibili o ritenuti “*commercially unique*” – nel senso che non è possibile reperire sul mercato beni con le medesime caratteristiche – come ad esempio i terreni o le opere d'arte. Sul punto, un caso emblematico è rappresentato da *Sky Petroleum Ltd v VIP Petroleum Ltd*, [1974] 1 WLR 576 (Ch), in cui, sullo sfondo di una crisi petrolifera che limitava la fornitura di benzina, è stato concesso un provvedimento cautelare avente l'effetto di imporre la specifica esecuzione di un contratto per la fornitura di carburante; dato che il fornitore inadempiente era l'unica fonte di benzina a disposizione della controparte, il distributore promissario dipendeva *in toto* dalla prestazione del fornitore per continuare a svolgere la propria attività commerciale. Si veda anche il caso *Behnke v Bede Shipping Co Ltd* [1927] 1 KB 649, in cui l'esecuzione in forma specifica di un contratto per la vendita di una nave è stata concessa essendo l'imbarcazione di particolare valore e praticamente unica per i ricorrenti; più precisamente, si trattava di una vecchia nave di scarso valore, ma con motori e caldaie praticamente nuovi; sul mercato non v'era altra imbarcazione acquistabile con le medesime qualità, e i ricorrenti necessitavano nell'immediato di una nave con caratteristiche simili a quelle del bene che era oggetto del contratto.

⁽²²⁵⁾ Così, E. PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, 13th ed, London, 2011, [18-001], 850, in cui l'Autore, continuando a riferirsi alla *termination*, aggiunge che “*It differs from other remedies such as damages or specific performance which seek to put the injured party into the position in which it would have been if the contract had been performed*”; nello stesso senso, S. ROWAN, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, cit., 70: “*Termination for breach of contract in English law releases the parties from their contractual obligations to perform. It discharges all primary obligations remaining unperformed that have not already accrued. Unlike the specific remedies (...) it does not give the promisee the very thing for which he bargained. Its effect is quite the opposite. The contract is brought to an end*”. Inoltre, cfr. H.G. BEALE, *Chitty on Contracts*, cit., [6-111], 634, il quale sottolinea come la *termination* non vada confusa con l'istituto della *rescission*; infatti, la prima ha carattere generale, potendosi esercitare solo nel caso di inadempimento degli obblighi contrattuali assunti (*breach of contract*); la *rescission*, invece, può essere esperita solo in ipotesi eccezionali, quali quelle in cui rilevano i vizi della volontà per errore (*mistake*), violenza (*duress*), dolo (*fraud*), non corretta rappresentazione dei fatti (*misrepresentation*), violazione dell'obbligo di informazione (*breach of a duty of disclosure*). Inoltre, se da un lato la *termination* opera con efficacia *ex nunc*, lasciando impregiudicate le prestazioni già adempiute; dall'altro la *rescission* ha efficacia *ex tunc* (*retrospective effect*), e comporta la

L'esperienza giuridica anglosassone ha elaborato una particolare disciplina che regola l'estinzione del contratto secondo criteri che non trovano alcuna corrispondenza negli ordinamenti dell'Europa continentale ⁽²²⁶⁾. Il diritto inglese, a fronte dell'inadempimento totale di una delle parti, prevede infatti la facoltà del contraente deluso di porre fine al contratto per mezzo di una semplice dichiarazione, senza la necessità che sia fissato da parte del dichiarante un termine per l'eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione ⁽²²⁷⁾.

Riguardo all'inadempimento parziale, invece, nel *common law* vige una regola assimilabile a quella dell'importanza dell'inadempimento quale presupposto per la risoluzione contrattuale. In questo senso, si ritiene che il diritto al rimedio risolutorio debba dipendere da un *breach* che privi il contratto della sua stessa sostanza, ossia da un inadempimento di importanza tale da pregiudicare le radici dell'accordo ⁽²²⁸⁾.

cancellazione *ab initio* del contratto. Nella *case law* inglese, una linea di demarcazione chiarificatrice al riguardo è stata segnata dalla sentenza *Johnson v Agnew* [1980] A.C. 367.

⁽²²⁶⁾ P. PARRINI, *La voce dell'equity nella cattiva sorte dei contratti*, cit., 438.

⁽²²⁷⁾ E. DELL'AQUILA, *La ratio della risoluzione per inadempimento*, cit., 848; sul punto, cfr. anche G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., 199 ss., il quale al riguardo ha osservato che “Una differenza fondamentale è che, secondo il diritto italiano, se c'è un inadempimento grave, il contraente deluso può rivolgersi al giudice per ottenere una sentenza costitutiva di risoluzione, mentre nel sistema di *common law* la risoluzione opera mediante dichiarazione unilaterale del contraente deluso; la *termination of the contract* – questo è il nome anglosassone dell'istituto – è più simile a una clausola risolutiva espressa che alla risoluzione giudiziale, con la differenza che per noi la clausola risolutiva espressa è appunto una clausola contrattuale che è necessario sia prevista dalle parti nel contratto, mentre la *termination of the contract* è una regola positiva di *common law*. La sequenza prevista nel *common law* è la seguente: *covenant – material breach of the covenant – termination*”.

⁽²²⁸⁾ Analogamente a quanto avviene nel nostro ordinamento, anche negli ordinamenti di *common law* viene richiesto che l'inadempimento abbia una particolare rilevanza per poter condurre alla risoluzione di un accordo precedentemente stipulato (c.d. “*substantial failure in performance*”); sul punto, cfr. E. PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, cit., [18-025], 866: “*The general principle is that any such defect in performance must attain a certain minimum degree of seriousness to entitle the injured party to terminate (...) It is submitted that the courts, in applying the general requirement of substantial failure, generally classify a failure in performance with an eye on the consequences. On the one hand, they consider whether termination (as opposed to damages) is necessary to protect the injured party and, on the other hand, they take into account the prejudice which termination will cause to the other party. If, on balancing these factors, they conclude that the injured party should be allowed to terminate, they will classify the failure in performance as “substantial” in order to produce the considered result; and conversely*”; nonché G.H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, cit., 349 ss..

A questo proposito, l'esperienza giuridica anglosassone ha elaborato una distinzione tra «*conditions*» ⁽²²⁹⁾ e «*warranties*» ⁽²³⁰⁾, a seconda del ruolo che una determinata clausola riveste nell'economia del contratto.

Al di là delle questioni interpretative, in ogni caso, la tendenza più recente della giurisprudenza inglese ⁽²³¹⁾ è di adottare come criterio generale ai fini della risoluzione del contratto la regola per cui sarebbe necessario accertare caso per caso se l'inadempimento sia o meno importante nell'economia del contratto, giacché la distinzione tradizionale tra *conditions* e *warranties* non rappresenterebbe il parametro esclusivo per valutare l'importanza dell'inadempimento, bensì uno soltanto tra i criteri a disposizione dell'interprete per stabilire la legittimità della *termination of contract* ⁽²³²⁾.

Allorché l'inesatto adempimento sia in grado di produrre un significativo squilibrio nel sinallagma funzionale, l'altra parte – analogamente a quanto accade in caso di mancato adempimento – può liberarsi dal vincolo negoziale per mezzo di una semplice dichiarazione unilaterale (c.d.

⁽²²⁹⁾ Più precisamente, per *conditions* s'intendono le clausole che costituiscono l'essenza del contratto in relazione agli scopi che le parti si prefiggono; a seguito della violazione delle medesime, la parte adempiente può considerare il contratto risolto e privo di effetti obbligatori, ritenendosi conseguentemente liberata da qualsiasi altra obbligazione derivante dal contratto stesso. Cfr. E. PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, cit., [18-041], 876, il quale in merito alla distinzione tra *conditions* e *warranties* rileva che “*If performance of the stipulation [went] to the very root ... of the contract, then the stipulation was treated as a condition*”; nella *case law* inglese, cfr. *Bentsen v. Taylor* [1893] 2 Q.B. 281.

⁽²³⁰⁾ Le *warranties*, invece, sono le clausole accessorie che si pongono in posizione sussidiaria rispetto allo scopo del contratto; la loro violazione dà titolo di richiedere il risarcimento dei danni, ma non la risoluzione del contratto. Cfr. H.G. BEALE, *Chitty on Contracts*, cit., [12-031], 923: “*The word warranty (...) in its technical sense, is to be understood as meaning a term of the contract, the breach of which may give rise to a claim for damages but not to a right to treat the contract as repudiated*”; nonché P. PARRINI, *Equity e common law, le sorprese tra le righe del contratto*, *Comm. int.*, 1998, 353; l'Autore aggiunge che “*Nei contratti a prestazioni corrispettive si possono distinguere anche le cosiddette clausole «intermedie», la cui principale caratteristica è la relatività, nel senso che, a seconda dell'oggetto del contratto e di tutte le sue naturali conseguenze, esse possono assumere la qualifica di principali o accessorie, a seconda che il mancato rispetto della clausola vada ad intaccare l'essenza stessa del contratto, oppure comporti solo un pregiudizio lieve che possa essere facilmente e rapidamente eliminato*”.

⁽²³¹⁾ Cfr. E. DELL'AQUILA, *La ratio della risoluzione per inadempimento*, cit., 847, in nt. 42^{bis}, il quale afferma che “*Con il superamento della distinzione delle clausole contrattuali in «conditions» e «warranties» e la contemporanea elaborazione del concetto di «fundamental breach», il diritto inglese sembra, e non solo nella sostanza ma anche dal punto di vista tecnico, essersi attestato su una posizione analoga a quella dei diritti dell'area romanistica, dai quali la risoluzione del contratto è ammessa solo se l'inadempimento è di una certa importanza*”.

⁽²³²⁾ Sul punto, cfr. E. PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, cit., [18-025], 866; P.S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, 5th ed., 1961, 460 s.; nella *case law*, cfr., invece, il caso *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v NV Rotterdamsche Kolen Centrale* [1967] 1 AC 361.

«*repudiation*»), che ha per effetto la fine del rapporto contrattuale dal momento in cui è comunicata all'inadempiente ⁽²³³⁾.

Da ultimo, conviene rilevare che la *termination for breach of contract* può essere oggetto di rinuncia preventiva da parte dei contraenti, a condizione che ciò risulti espressamente dal testo contrattuale e non sorgano dubbi circa la reale volontà della parte fedele di rimanere vincolata al contratto anche a fronte dell'altrui inadempimento. Peraltro, segnaliamo sin d'ora che nel *common law* inglese una simile previsione è soggetta alle regole previste per le *exemption clauses* di cui si parlerà nel seguito del presente capitolo (cfr. *infra* cap. III, §§ 5 ss., pagg. 86 ss.) ⁽²³⁴⁾.

3. Il risarcimento del danno per equivalente: i *compensatory damages* e le ragioni della preferenza per i rimedi compensativi.

Come detto, negli ordinamenti anglosassoni il risarcimento del danno per equivalente rappresenta il rimedio principale per la violazione degli obblighi contrattuali assunti, ed è generalmente considerato un'adeguata compensazione per il pregiudizio subito ⁽²³⁵⁾.

⁽²³³⁾ Cfr. E. DELL'AQUILA, *La ratio della risoluzione per inadempimento*, cit., 847; nonché P. PARRINI, *La voce dell'equity nella cattiva sorte dei contratti*, cit., 436; l'Autore sottolinea che "Per quanto concerne la *repudiation* (...) essa può trovare ingresso solo in caso di inadempimento a una condition, ma non in caso di inadempimento rispetto ad una warranty; in sostanza la *repudiation* può essere legittimamente esercitata solo se l'inadempimento concerne una clausola fondamentale. Tuttavia la *repudiation* può essere esercitata non solo nel caso di violazione di una clausola fondamentale, ma anche nel caso di *fundamental breach*, cioè di violazione fondamentale del contratto".

⁽²³⁴⁾ Cfr. E. PEEL, *The common law tradition: application of boilerplate clauses under English law*, cit., 154; di conseguenza, in conformità con quanto analizzato nel paragrafo precedente, "A term which seeks to exclude remedies rather than liability still qualifies as an exclusion clause for the purposes of the statutory controls on the use of such clauses in the Unfair Contract Terms Act 1977. In consumer contracts or commercial contracts made on one party's written standard terms, such a clause will be unenforceable if it fails the test of reasonableness"; sul punto, cfr. anche E. PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, cit., [18-056], 890 s.: "The contract may contain a term purporting to exclude the right to terminate. Such clause is subject to the rules (...) which limit the effectiveness of exemption clauses. It is submitted that, in applying the test of reasonableness and fairness found in the statutory controls to clause excluding the right to terminate for breach of condition, the courts may be influenced by the likely effects of the breach (as viewed at the time of contracting), and so taking into account the factors which determine whether a failure in performance is sufficiently "substantial" to give rise to the right to terminate. A similar point can be made with regard to the process of construction which is applied to exemption clauses in certain cases of particularly serious breach".

⁽²³⁵⁾ Cfr. M. WHINCUP, *Contract Law and Practice: The English System and Continental Comparisons*, Deventer, 1992, 249 ss.; la violazione dell'obbligo primario di eseguire la prestazione dedotta in

In questo senso, l'azione finalizzata alla condanna della parte inadempiente al risarcimento dei *damages* tende a porre il contraente fedele nella stessa posizione nella quale si sarebbe trovato se il contratto fosse stato regolarmente adempiuto ⁽²³⁶⁾. La sua funzione, quindi, non sarebbe di punire la parte inadempiente ⁽²³⁷⁾, bensì di ricostituire la situazione antecedente all'inadempimento, nei limiti in cui il pagamento di una somma di denaro è in grado di farlo ⁽²³⁸⁾.

I *compensatory damages* avrebbero dunque la finalità meramente compensativa di proteggere l'interesse dell'attore a ottenere la prestazione promessa ⁽²³⁹⁾.

contratto dà quindi generalmente luogo a un obbligo secondario al risarcimento dei *compensatory damages*; questo principio è stato illustrato da Lord Diplock nel noto caso *Photo Production Ltd v Securicor Ltd*, [1980] A.C. 827, 848-9: “*Leaving aside those comparatively rare cases in which the court is able to enforce a primary obligation by decreeing specific performance of it, breach of primary obligations give rise to substituted or secondary obligations on the part of the party in default (...) The secondary obligation on the part of the contract breaker to which it gives rise by implication of the common law is to pay monetary compensation to the other party for the loss sustained by him in consequence of the breach*”.

⁽²³⁶⁾ Sul punto, cfr. R. STONE, *The Modern Law of Contract*, Abingdon, 2009, 593: “*The basic principle of contractual damages is that of restitution in integrum, or full restitution, which involves putting the innocent party into the position it would have been in had the contract been performed*”; nella *case law* inglese, cfr. il *leading case* in materia, ossia *Robinson v Harman* (1848) 1 EXCH, 855; e, più di recente, da Lord Scott in *Farley v Skinner* [2001] UKHL 49, par. 76; [2001] 4 All ER 801, 826-27; tra gli autori italiani, M. SERIO, *La tutela della parte adempiente: il principio di effettività del rimedio risarcitorio e la sua attuazione negli ordinamenti nazionali*, cit., 1090, in nt. 57, secondo cui “*La differenza rispetto al risarcimento dei danni conseguenti alla commissione di un tort sta nel fatto che in questo caso la reintegrazione deve avvenire nella medesima posizione in cui il danneggiato si trovava anteriormente all'evento lesivo*”.

⁽²³⁷⁾ Cfr. Lord Lloyd in *Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth*, cit..

⁽²³⁸⁾ Cfr. J.Y. GOTANDA, *Damages in Lieu of Performance Because of Breach of Contract*, Villanova University School of Law, Public Law and Legal Theory, Working Paper No. 2006-8, 5 ss. e 26 ss.; in giurisprudenza, cfr. *Robinson v Harman*, cit., 850; *The Unique Mariner* [1979] 1 Lloyd's Rep. 37, 54; M. SERIO, *La tutela della parte adempiente: il principio di effettività del rimedio risarcitorio e la sua attuazione negli ordinamenti nazionali*, cit., 1091; l'Autore rileva che in questa direzione si muoverebbero anche i *Principles of European Contract Law* i quali, all'art. 9:501, espressamente prevedono “*Un generale diritto al risarcimento dei danni per perdite discendenti dall'altrui inadempimento a favore dell'altra parte, includendo tra esse sia quelle non patrimoniali che le perdite future ragionevolmente prevedibili*”.

⁽²³⁹⁾ Cfr. G. ALPA, *Note sul danno contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2011, 365: “*La regola fondamentale in materia di damages nel common law inglese è che il danno deve essere inteso come misura del risarcimento e quindi ha funzioni meramente soddisfattive (damages are compensatory). Non sono riconosciuti, pertanto, i punitive damages, che tendono, invece, a punire il danneggiante: il danno da considerare è la perdita subita dall'attore, non il lucro del convenuto. Il danno risarcibile (loss) comprende comunque la diminuzione patrimoniale arrecata dall'inadempimento alla persona o ai beni del creditore, inclusa la perdita di guadagno per attività economiche non condotte a buon fine; solo eccezionalmente sono riconosciuti i damages for non-pecuniary loss, in particolare per quanto riguarda il risarcimento del danno per injury to feelings, come nel caso di prestazione di servizi turistici rivelatisi disastrosi. Infine, nei casi in cui non vi sia loss, ad esempio perché la parte è riuscita a reperire sul mercato,*

Il principio fondamentale in ordine alla effettiva risarcibilità del danno contrattuale è quello della prevedibilità dello stesso al momento della stipulazione (c.d. «*remoteness of damage*») ⁽²⁴⁰⁾. Con riferimento alla sua liquidazione, invece, i possibili meccanismi di quantificazione del danno subito dal creditore sono sostanzialmente tre: il *restitution interest*, il *reliance interest* e l'*expectation interest*.

Mediante il *restitution interest* il contraente inadempiente restituisce il guadagno ottenuto grazie al proprio inadempimento. Esso è rappresentato dai benefici conferiti da una parte all'altra prima o nel corso dell'esecuzione del contratto.

Attraverso il *reliance interest*, invece, la parte che subisce il *breach of contract* è posta nella medesima posizione in cui si sarebbe trovata se il contratto non fosse stato concluso. Con esso vengono principalmente risarcite le spese sostenute dal contraente fedele che ha confidato nella fisiologica esecuzione del contratto ⁽²⁴¹⁾.

Vi è infine l'*expectation interest*, con cui la parte fedele viene posta nella situazione in cui si sarebbe virtualmente trovata se il contratto fosse stato adempiuto ⁽²⁴²⁾. Esso si differenzia dal *reliance interest*, in quanto

allo stesso prezzo, beni eguali a quelli che la parte inadempiente non le ha consegnato, il diritto inglese riconosce solo nominal damages"; nello stesso senso, cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008, 135 ss..

⁽²⁴⁰⁾ Questo principio è stato però variamente applicato dalle corti, a seconda dei tipi di contratto; è importante precisare, in ogni caso, che il risarcimento del danno per equivalente è dovuto a condizione che sussista un rapporto di causalità tra l'illecito contrattuale e il danno patito dalla controparte; sul punto si è formata una vasta dialettica (che tuttavia non ha portato a sicuri e univoci orientamenti), per stabilire in quali casi la conseguenza deve essere considerata troppo remota rispetto alla causa che si presume abbia ingenerato la conseguenza stessa.

⁽²⁴¹⁾ Cfr. G. ALPA, *Note sul danno contrattuale*, cit., 365, "*I reliance damages sono rappresentati dalle spese fatte e dalle perdite subite per aver fatto affidamento sul contratto, sia nel corso della sua esecuzione che nella fase precedente la sua conclusione, e corrispondono al danno emergente; la loro funzione è di reintegrare la parte nella posizione in cui si sarebbe trovata se il contratto non fosse stato concluso*".

⁽²⁴²⁾ A tal riguardo, cfr. il *leading case* inglese *Hadley v Baxendale* (1854) EWHC J70, in cui la Corte stabilì quanto segue: "*Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e., according to the usual course of things, from such breach of contract itself or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it*".

si basa sull'arricchimento indebito ricevuto dalla parte inadempiente e non sulla perdita subita dal danneggiato ⁽²⁴³⁾.

Ebbene, proprio l'*expectation interest* costituisce la regola generale di misura del danno risarcibile negli ordinamenti di *common law*. Affermatosi all'inizio del diciannovesimo secolo con il caso statunitense *Shepherd v Hampton* ⁽²⁴⁴⁾, esso risulta oggi applicabile a tutte le fattispecie contrattuali quale moderno e più comune meccanismo di quantificazione del risarcimento del danno ⁽²⁴⁵⁾. La propensione per la scelta dei *compensatory damages* come rimedio principale in caso di mancato o inesatto adempimento – rispetto al risarcimento in forma specifica e ai danni sovracompensativi, i c.d. *punitive damages* ⁽²⁴⁶⁾ – è dovuta a una serie di ragioni di carattere storico e sociale; la prima di queste deriva dalla tradizionale distinzione all'interno dell'ordinamento inglese tra il sistema di *equity* e quello di *common law*.

Come è noto, infatti, l'*equity* è l'impianto normativo elaborato dalla Court of Chancery al fine sopperire al formalismo e all'eccessiva rigidità della giustizia amministrata dalle corti di Westminster. A partire dal XIV secolo, chi non otteneva giustizia innanzi alle corti regie si rivolgeva direttamente al cancelliere del re, affinché mitigasse il rigore delle regole di *common law* decidendo *secundum aequitatem*. Gli *specific remedies* vennero così sin dal principio concepiti come un rimedio straor-

⁽²⁴³⁾ Più precisamente, secondo G. ALPA, *Note sul danno contrattuale*, cit., 365, “gli expectation damages costituiscono il risarcimento del loss of bargain, corrispondente al lucro cessante, e tendono a porre il danneggiato nella posizione in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato regolarmente adempiuto. Il loss of bargain presenta due profili, uno costituito dal danno immediato risentito per l'inadempimento della prestazione attesa (ad esempio la mancata consegna di una macchina già pagata), l'altro rappresentato, invece, dal danno derivato risentito, quale conseguenza diretta, dell'inadempimento (ad esempio il danno sofferto per non aver potuto utilizzare la macchina acquistata, per eseguire lavori e produrre un reddito). La valutazione degli expectation damages, sotto il primo profilo, è fatta normalmente, a seconda delle esigenze, sulla base della difference in value (cioè della differenza di valore tra i beni ricevuti e quelli che il danneggiato avrebbe dovuto ricevere), o del cost of cure (cioè del costo sostenuto per rimediare all'inadempimento, ad esempio riparando beni difettosi)”.

⁽²⁴⁴⁾ *Shepherd v Hampton*, U.S. 3 Wheat 200 (1818).

⁽²⁴⁵⁾ Cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, cit., 137.

⁽²⁴⁶⁾ Sul punto, cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, cit., 316, la quale osserva che l'*expectation interest* è considerato lo strumento di quantificazione del danno che massimizza maggiormente il joint game delle parti, permettendo l'inadempimento efficiente dei contraenti.

dinario, nato per supplire alle ingiustizie del *common law* e riconosciuto dal cancelliere secondo coscienza, in conformità dei criteri della giustizia e della morale ⁽²⁴⁷⁾.

La seconda ragione della preferenza nei sistemi di *common law* per i rimedi compensativi risiede nella concezione tipica degli ordinamenti anglosassoni per cui la riparazione monetaria di un pregiudizio rappresenta lo strumento più efficiente per proteggere il *performance interest* ⁽²⁴⁸⁾.

Essa muove dalla considerazione che, ove il denaro consenta al contraente fedele di acquisire sul mercato un sostituto soddisfacente della prestazione promessa, le sue aspettative sono considerate di norma appagate. Così ragionando, la differenza di valore tra la prestazione pattuita e il prezzo di mercato è ritenuta nella maggior parte dei casi una compensazione adeguata per il pregiudizio subito ⁽²⁴⁹⁾.

Ulteriore argomento a sostegno della maggiore funzionalità dei *compensatory damages* risiede nella naturale attitudine degli *specific remedies* a comprimere la libertà individuale del contraente inadempiente, al quale può essere intimato di eseguire la prestazione dedotta in contratto malgrado la sua contraria volontà.

⁽²⁴⁷⁾ In particolare, nell'ipotesi d'inadempimento contrattuale, le corti di *equity* facevano fronte alla possibile inadeguatezza del rimedio tipico del *common law* – il risarcimento per equivalente – ordinando la riparazione mediante risarcimento in forma specifica del danno patito dall'istante; in queste ipotesi, l'emanazione del *decree of specific performance* era per lo più suggerita da ragioni di opportunità, e trovava spazio ogni qual volta il riconoscimento rigoroso dei *compensatory damages* apparisse iniquo o comunque sconveniente. Proprio a causa della sua natura sussidiaria, dunque, il rimedio in questione assumeva carattere discrezionale e veniva concesso solo a seguito della dimostrazione che il risarcimento del danno per equivalente avrebbe procurato un danno irreparabile alle ragioni dell'attore. Gli *specific remedies* erano, invece, di norma negati ove l'attore avesse agito in male fede o comportassero il pericolo di ledere un interesse pubblico o di terzi; analogamente a quanto avviene nei paesi di *civil law*, poi, il risarcimento in forma specifica non era possibile nei casi di prestazione *intuitus personae* o quando comportava un sacrificio sproporzionato per il debitore.

⁽²⁴⁸⁾ A questo proposito, cfr. S. ROWAN, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, cit., 109 ss..

⁽²⁴⁹⁾ Anche il grande ritardo e la interruzione sono considerati risarcibili in denaro; un esempio notevole è *Société des Industries Métallurgiques SA v Bronx Ingegneria Co Ltd*, in cui è stata respinta la richiesta di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di fornire un macchinario dal peso di oltre 220 tonnellate e dal valore di £270.000, nonostante sarebbero stati necessari 12 mesi per sostituire l'oggetto della prestazione con un macchinario simile; la Corte d'appello ha ritenuto che, malgrado l'attività del contraente deluso avrebbe subito notevoli inconvenienti e perdite, i danni compensativi sarebbero stati comunque idonei e sufficienti a riparare il pregiudizio patito.

Si consideri che in molti casi le obbligazioni contrattuali sono incentrate sulle caratteristiche o le capacità personali del debitore. In tutte queste ipotesi, il risarcimento del danno in forma specifica ha di norma un effetto coercitivo molto più intenso rispetto a quello prodotto dal pagamento di una somma di denaro. Per questa ragione, l'insegnamento tradizionale considera gli *specific remedies* come potenziali strumenti di oppressione della parte inadempiente, e suggerisce di evitarne l'utilizzo ove ciò non risulti strettamente necessario ⁽²⁵⁰⁾.

A sostegno della maggiore utilità dei rimedi compensativi si può infine ricordare la c.d. teoria dell'«*efficient breach*» ⁽²⁵¹⁾.

A questo proposito, il *breach of contract* si considera «*efficient*» quando la parte inadempiente ottiene dall'inadempimento un guadagno maggiore di quello che avrebbe conseguito adempiendo, senza causare un danno ulteriore alla controparte che è compensata mediante il risarcimento del danno ⁽²⁵²⁾. Secondo questa ricostruzione, l'incondizionata disponibilità degli *specific remedies* è in grado di scoraggiare l'inadempimento efficiente dell'obbligazione contrattuale che rappresen-

⁽²⁵⁰⁾ L'ordine di esecuzione della *specific performance* può anche dar luogo ad attriti indesiderati tra i contraenti; così facendo, infatti, si prolunga il loro rapporto, anche ove le parti potrebbero aver perso la fiducia reciproca; cfr. il discorso di Lord Hoffmann in *Co-operative v Argyll* [1998] AC 1 (HL), secondo cui un ordine di eseguire coattivamente la prestazione promessa obbliga le parti a proseguire un rapporto divenuto ormai ostile; il risarcimento dei danni, invece, pone fine al rapporto tra i contraenti. In questo senso, emblematico è il caso *Wedgwood v Adams* (1843) 49 ER 958, in cui Lord Langdale MR affermò quanto segue: “*Specific performance will be ordered unless it should be what is called highly unreasonable to do so. ... The court, therefore, must always have regard to the circumstances of each case, and see whether it is reasonable that it should, by its extraordinary jurisdiction, interfere and order specific performance, knowing at the time that if it abstains from doing so, a measure of damages may be found and awarded in another Court. Though you cannot define what may be considered unreasonable, by way of general rule, you may very well, in a particular case, come to a balance of convenience, and determine the propriety of leaving the plaintiff to his legal remedy by recovery of damages*”. E' bene sottolineare, tuttavia, che, come nel nostro ordinamento, non rappresenta un onere eccessivo l'indigenza finanziaria del debitore.

⁽²⁵¹⁾ Val la pena di notare, tuttavia, che mentre in dottrina la teoria dell'«*efficient breach*» ha un numero crescente di sostenitori, essa non è mai stata espressamente invocata dalle corti inglesi.

⁽²⁵²⁾ Oppure qualora l'inadempimento sia realizzato solo per evitare una perdita maggiore, trovando così la sua *ratio* nella circostanza che l'adempimento determinerebbe una situazione inefficiente; questa figura si oppone a quella dell'«*opportunistic breach*» che ricorre “*quando la parte non adempie senza avere particolari ragioni, ma solo per trarre vantaggio dalla situazione di debolezza della controparte*”; sul punto, cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, cit., 305 ss..

ta invece una proficua soluzione del rapporto sia per la parte fedele sia per tutto il sistema.

Il discorso sin qui svolto consente dunque di concludere che i danni compensativi sono spesso preferiti al risarcimento in forma specifica poiché rappresentano un rimedio non discrezionale e non soggetto ai vincoli stringenti imposti per i rimedi di natura equitativa ⁽²⁵³⁾. Del resto, quando il debitore deve solo pagare una somma di denaro la sua esecuzione non comporta alcuna costrizione fisica ⁽²⁵⁴⁾ né richiede la costante supervisione sulla sua attività ⁽²⁵⁵⁾.

Ne deriva la tradizionale preferenza negli ordinamenti anglosassoni per i *compensatory damages* rispetto alla *injunction* e alla *specific performance*.

4. Autonomia privata e inadempimento contrattuale: gli *agreed remedies*.

L'analisi sin qui svolta ha dimostrato che negli ordinamenti di *common law* la protezione riconosciuta al *performance interest* può ritenersi per certi aspetti equivoca.

Come si ricorderà, al verificarsi dell'inadempimento contrattuale, i rimedi diretti a garantire l'esecuzione coattiva della prestazione promessa sono concessi solo in virtù di un atto discrezionale del giudice; ben si

⁽²⁵³⁾ Cfr. G.H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, cit., 39 e 62.

⁽²⁵⁴⁾ S. ROWAN, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, cit., 28, secondo cui la *specific performance* è ritenuta in molti casi “a significant invasion of his personal liberty”; questo principio è stato inoltre oggetto di riconoscimento nella sezione 236 del *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act* del 1992, il quale prevede che nessun lavoratore dovrebbe essere costretto a onorare il suo contratto di lavoro mediante la *specific performance* o la *injunction*; la regola è stata però di recente resa meno rigida, poiché al datore di lavoro può ora essere impedito il ricorso alla risoluzione del contratto con un dipendente, qualora non vi sia stata alcuna alterazione nel rapporto di fiducia reciproca. Nel caso *Hill v CA Parsons & Co Ltd*, [1972] Ch 305, la Court of Appeal ha confermato un provvedimento cautelare, che riconosceva la esecuzione coattiva temporanea di un contratto di lavoro.

⁽²⁵⁵⁾ Cfr. S. ROWAN, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, cit., 21.

comprende, pertanto, come il risarcimento in forma specifica sia concepito come uno strumento di natura eccezionale.

Per altro verso, è stato però osservato che il rimedio tipico dei *compensatory damages* rappresenta in alcuni casi uno strumento di tutela certamente inopportuno; e che talvolta l'interesse del contraente fedele alla prestazione contrattuale non può che essere protetto mediante il ricorso a strumenti diversi dal risarcimento del danno per equivalente.

In un simile contesto, ci si può quindi domandare quali siano i rimedi concretamente esperibili ove sia gli *specific remedies* sia i *compensatory damages* si rivelino inopportuni per la protezione del contraente non inadempiente. Al riguardo alcuni autori ⁽²⁵⁶⁾ hanno evidenziato la necessità che in talune occasioni siano proprio le parti a integrare il regime dei rimedi contrattuali offerti dall'ordinamento contro l'inadempimento, mediante l'utilizzo di appositi meccanismi di fonte pattizia finalizzati alla tutela dell'interesse dei contraenti a ricevere la prestazione.

Nei paesi di *common law* tali accordi sono assai diffusi e prendono il nome di «*agreed remedies*» ⁽²⁵⁷⁾. Con essi i contraenti hanno la facoltà di regolare le proprie future condotte, allocando i rischi negoziali secondo le esigenze del caso concreto. Il tutto, evidentemente, con notevoli benefici nell'ottica della protezione del *performance interest*.

La prassi negoziale inglese conosce differenti tipologie di *agreed remedies*; tra queste è opportuno segnalare:

(i) le clausole che garantiscono l'esecuzione della prestazione in forma specifica (*specific relief clauses*), essendo la *specific performance* e la *injunction* rimedi non disponibili di diritto, ma lasciati al libero apprezzamento del giudice ⁽²⁵⁸⁾;

⁽²⁵⁶⁾ S. ROWAN, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, cit., 207 ss..

⁽²⁵⁷⁾ S. ROWAN, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, cit., 208.

⁽²⁵⁸⁾ Cfr. il discorso di Lord Hoffmann nel caso *Co-operative Insurance Society Ltd v Argyll Stores (Holdings) Ltd*, cit.; nonché D. DOBBS, *The Law of Remedies - Damages, Equity and Restitution*, 2nd ed.,

(ii) le clausole che assicurano la corresponsione al contraente fedele di una somma in denaro pari a quella necessaria per procurarsi altrove la prestazione promessa e non eseguita dalla controparte (*cost of cure damages clauses*) ⁽²⁵⁹⁾;

(iii) le clausole che regolano il regime delle restituzioni contrattuali (*restitution clauses*);

(iv) le clausole che fissano in maniera predeterminata una somma di denaro a titolo di futuro ed eventuale risarcimento del danno (*liquidated damages clauses*); e

(v) le clausole penali, aventi la funzione di incoraggiare i contraenti ad adempiere la prestazione dedotta in contratto (*penalty clauses*); è bene rilevare, tuttavia, che la validità di queste pattuizioni è posta seriamente in discussione a causa del loro stretto legame con i *punitive damages*, pacificamente ritenuti vietati nei sistemi di *common law* ⁽²⁶⁰⁾.

Benché alcuni autori abbiano dubitato della validità dei rimedi convenzionali sopra illustrati ⁽²⁶¹⁾ – perché potenzialmente “*unfair*”, in quanto possibile strumento di abusi del contraente più forte a danno della controparte – gli *agreed remedies* rappresentano la logica conseguenza dell'estensione nell'ambito dei rimedi negoziali del famoso principio anglosassone del «*freedom of contract*». In questo senso, la regola generale che sta alla base di tutta la disciplina contrattuale di *common law* prevede che le parti abbiano la facoltà di creare convenzionalmente diritti e obblighi reciproci, al fine di disciplinare le proprie future condotte e allocare il rischio negoziale in base alle esigenze del caso concreto.

vol 3, St. Paul Minn, 1993, 271; S. ROWAN, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, cit., 209: “The clause may also provide that performance has unique value, or set out reasons why damages would be inadequate”. Si segnala che, in generale, per mezzo di queste pattuizioni le parti faciliterebbero il proprio ricorso agli *specific remedies*, laddove questi rimedi non sarebbero altrimenti garantiti.

⁽²⁵⁹⁾ Cfr. il caso *Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth*, cit..

⁽²⁶⁰⁾ S. ROWAN, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, cit., 220 ss..

⁽²⁶¹⁾ Cfr. D. HARRIS - D. CAMPBELL - R. HALSON, *Remedies in Contract and Tort*, 2nd ed, Cambridge, 2005, 146.

Non pare esservi dubbio che questo potere possa essere esercitato anche nell'ambito dei rimedi contrattuali, allo scopo di assicurare al contraente deluso la migliore soddisfazione del proprio interesse alla prestazione dedotta in contratto ⁽²⁶²⁾. Ciò induce a concludere che gli *agreed remedies* favoriscono una legittima ed efficiente protezione del *performance interest*, oltretutto, più in generale, un'accurata tutela degli interessi delle parti ove sia i danni compensativi sia il risarcimento in forma specifica si rivelino iniqui o soltanto inopportuni ⁽²⁶³⁾.

5. *Le exclusion and limitation clauses: funzione ed effetti delle clausole di irresponsabilità nel common law inglese.*

In aggiunta agli *agreed remedies* appena esaminati, nell'ordinamento inglese è d'uso comune prevedere pattuizioni con cui le parti incidono sul regime legale della responsabilità contrattuale, modifi-

⁽²⁶²⁾ Nonostante queste considerazioni, la dottrina inglese ha talvolta sollevato qualche dubbio circa l'incondizionata ammissibilità degli *agreed remedies*; tali critiche sono state sollevate indistintamente nei confronti di tutti i rimedi analizzati e attengono principalmente alla loro possibile iniquità derivante dalla sottrazione del ruolo giudicante del giudice, dall'effetto deterrente di tali pattuizioni, dal rischio che le parti siano scoraggiate alla conclusione di nuovi contratti, e dalla possibile inefficienza di simili previsioni. A favore della validità dei rimedi convenzionali, cfr. però M. CHEN-WISHART, *Controlling the Power to Agree Damages*, in P. BIRKS, *Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century*, Oxford, 1996, 280, secondo cui non coglie nel segno chi ritiene tali strumenti di autonomia privata a priori drasticamente invalidi; e ciò in quanto l'unico proposito dei patti sull'inadempimento contrattuale è fornire al contraente fedele una completa e adeguata tutela, in modo da poter conservare le proprie aspettative contrattuali; nel medesimo senso anche S. ROWAN, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, cit., 224, per la quale sarebbe perciò pienamente legittimo per le parti prevedere soluzioni rimediali che soddisfino appieno i loro interessi e le loro necessità. Inoltre, secondo S. WADDAMS, *The Law of Contract*, 4th ed., Aurora Ontario, 1999, [463] e SCOTTISH LAW COMMISSION, *Report on Penalty Clauses* (Scot Law Com No 171, 1999) par. 6.15, non si può sottovalutare che ove tali rimedi risultassero maggiormente sbilanciati a favore di una soltanto delle due parti, il contraente maggiormente protetto pagherebbe di norma un premio supplementare per la maggiore protezione che gli viene offerta; di modo che, ove gli *agreed remedies* venissero successivamente resi inefficace da un giudice, l'allocatione dei rischi negoziata e pattuita dai contraenti risulterebbe falsata e il contraente inadempiente otterrebbe un premio senza affrontare alcun rischio, mentre il contraente vittima dell'altrui inadempimento sarebbe lasciato senza corrispettivo per il premio pagato.

⁽²⁶³⁾ Cfr. S. ROWAN, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, cit., 224, la quale, con riferimento alle *specific relief clauses*, fa riferimento alla possibilità di garantire la possibilità di domandare l'esecuzione coattiva della prestazione promessa, laddove sarebbe altrimenti indisponibile o comunque molto incerto che essa sia riconosciuta; oppure, riguardo alle *restitution clauses*, che specie nei contratti commerciali, consentirebbero alle parti di creare convenzionalmente un forte deterrente contro l'inadempimento contrattuale, con l'effetto di incrementare di conseguenza la protezione del *performance interest*.

cando le conseguenze che la legge ricollega all'inadempimento imputabile di uno dei contraenti ⁽²⁶⁴⁾.

Si tratta delle c.d. «*exclusion and limitation clauses*» (o anche «*exemption clauses*») ⁽²⁶⁵⁾, espressione con cui nei sistemi di *common law* si è soliti definire “*any term in a contract restricting, excluding or modifying a remedy or a liability arising out of a breach of a contractual obligation*” ⁽²⁶⁶⁾.

Una simile definizione rievoca evidentemente quelle che, secondo una opinione ormai condivisa, nell'ordinamento italiano prendono il nome di «*clausole di irresponsabilità*». Si tratta del complesso delle patruzioni regolate dall'art. 1229 cod. civ., riguardo alle quali il termine «*irresponsabilità*» risulta idoneo a includere sia le diverse tipologie di

⁽²⁶⁴⁾ R. STONE, *The Modern Contract Law*, cit., 209 s.: “*Provided that it has been included as a result of a clear voluntary agreement between the parties, it may simply indicate their decision as to where certain risk involved in the transaction should fall*”; cfr. anche D. YATES, *Exclusion in Contracts*, London, 1982, 16: “*Businessmen utilize legal processes, notably the law of contract, to plan certain aspects of their commercial dealings. Professor Summers has characterized this as the “grievance remedial technique”. When parties resort to legal remedies on the breakdown of a commercial relationship, they are using the grievance remedial technique. This would include repudiation of the contract, actions for damages, arbitration and out-of-court settlement. The private arranging technique involves the use of the contract by the parties to regulate their relationship and plan what is to happen in the future (...) If the contract then goes on to specify the remedies or the procedures that may be invoked should something go wrong with the arrangement, such as arbitration clause, an automatic termination provision or a liquidated damages clause, then, of course, the grievance remedial technique and the private arranging technique merge*”. Sul punto, emblematico è il discorso tenuto da Lord Diplock in *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd.*, cit., 850-851.

⁽²⁶⁵⁾ Così, D. YATES, *Exclusion in Contracts*, cit., 1; cfr. anche M.M. KUMAR, *Control of Exclusion Clauses in England and India*, Beckenham, 1985, 2: “*The expression “exclusion clause” [is] used to describe that clause of contract which purports to protect the proferens absolutely or in a limited manner against liability, for breach of contract, or damages, or exclude his liability if the action is brought after the stipulated time*”; E. JACOBS, *Effective Exclusion Clauses*, London, 1990, 28.

⁽²⁶⁶⁾ Ad aver coniato la definizione è B. COOTE, *Exception Clauses*, London, 1964; sul contenuto e la funzione di tali clausole cfr. E. MCKENDRICK, *Contract Law: Text, Cases, and Materials*, 5th ed., Oxford, 2012, 405 il quale rileva che “*One of the most contentious boilerplate clauses in practice is an exclusion or limitation clause*”, mediante la quale “*the contracting parties generally wish both to contain and to control the risk*”; D. YATES, *Exclusion in Contracts*, cit., 1: “*The demands of the industrial revolution, gathering momentum as it did during the middle years of the last century, created mass production using the new technology that would produce limitless numbers of standard articles by standardized processes. Such production methods required similarly standardized mass produced contracts and this, in turn, resulted in mass produced exclusion clauses*”; nello stesso senso, cfr. anche M.M. KUMAR, *Control of exclusion clauses in England and India*, cit., 1: “*In modern times when promptness and efficiency is demanded in everyday life it is not surprising that the method of bargaining has also changed. The practice of concluding contracts by negotiations on the basis of individual transactions has long been transformed into a practice of clinching bargains by standard forms which, though quite different from earlier practice, is much more efficient. However, this change in bargaining has serious legal implications*”.

clausole che sono a esso riconducibili, sia a spiegare gli effetti giuridici prodotti dalle clausole di esonero e limitazione della responsabilità ⁽²⁶⁷⁾.

Prima di passare all'analisi di simili pattuizioni nell'ordinamento inglese, occorre aver chiaro, in proposito, che la loro stipulazione comporta indubbi vantaggi per entrambi i contraenti, poiché, da un lato, consente alle parti di circoscrivere le rispettive obbligazioni, al fine di regolare con precisione gli impegni assunti ⁽²⁶⁸⁾; e, dall'altro lato, permette di contenere i rischi, le responsabilità nonché i costi derivanti da futuri ed eventuali inadempimenti ⁽²⁶⁹⁾.

Non bisogna, però, lasciarsi trarre in inganno dalle evidenti funzionalità che, sotto il profilo pratico, le *exemption clauses* comportano nell'ambito del regolamento negoziale. A ben vedere, infatti, il problema che si pone ogni qualvolta i contraenti concludono questi patti è il medesimo che sorge allorquando le parti, mediante clausole di limitazione o esclusione preventiva della responsabilità, adeguano la disciplina contrattuale alla loro concreta situazione e alle loro particolari esigenze: e cioè che il debitore di una prestazione possa beneficiare in mala fede del proprio inadempimento, dando così luogo ad abusi e speculazioni di un contraente a beneficio dell'altro ⁽²⁷⁰⁾.

⁽²⁶⁷⁾ Così, C. MENICHINO, *Clausole di irresponsabilità contrattuale*, cit., 2 ss..

⁽²⁶⁸⁾ Cfr. B. COOTE, *Exception Clauses*, cit., 11, secondo cui le parti avrebbero grande libertà nel regolare gli impegni che intendono assumere; per questa ragione, le *exclusion clauses* semplicemente definirebbero le obbligazioni e le responsabilità in capo alle parti. Ulteriore funzione delle clausole in commento è di ridurre i costi derivanti dai possibili contenziosi, indicando a chiare lettere nel testo come dovranno ritenersi suddivise le rispettive obbligazioni e le conseguenti responsabilità.

⁽²⁶⁹⁾ Sul punto, cfr. D. YATES, *Exclusion in Contracts*, cit., 14 s., secondo cui i soggetti tendono a ricorrere a strumenti di tutela ulteriori e complementari rispetto a quelli previsti dalla legge per svariati ordini di ragioni, una delle quali è rappresentata dall'esistenza dei c.d. *transaction costs*, ossia "*the costs of negotiating and enforcing the stipulation of the contract and will depend on such factors as the number of parties, changes in prices, specifications and so on*". Al riguardo, l'Autore osserva che la legge può assistere le parti nel massimizzare l'efficienza delle contrattazioni e ridurre le inefficienze causate dai rischi, tuttavia, "*if the transaction costs outweigh the potential gain, a value maximising transaction will be deterred. To far as possible, to facilitate the minimizing of transaction costs by providing and encouraging the use of standard terms and compelling the disclosure of relevant information. The closer these standard terms approximate to the likely negotiated terms of the parties, the lower the transaction costs should be*".

⁽²⁷⁰⁾ E. MCKENDRICK, *Contract Law: Text, Cases, and Materials*, cit., 405, secondo cui le clausole in commento rappresentano "*One of the most contentious boilerplate clauses in practice*".

Di qui, l'esigenza ravvisata anche dal legislatore inglese di ricercare e stabilire i parametri e le condizioni entro i quali le previsioni in commento possano ritenersi legittime.

In questa prospettiva, nel diritto inglese le clausole di irresponsabilità contrattuale sono oggetto di specifica regolamentazione se inserite in contratti *business-to-business* oppure *business-to-consumer*. Ai primi si applicano le previsioni dell'*Unfair Contract Terms Act 1977* (UCTA) ⁽²⁷¹⁾, con particolare riferimento alle norme riguardanti la prestazione contrattuale (parr. 6-7), le *misrepresentations* (par. 8) e la limitazione dei rimedi contrattuali (par. 13). Ai contratti conclusi con i consumatori, invece, sono rivolte specifiche disposizioni del medesimo UCTA, oltre alla normativa speciale prevista dall'*Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation 1999* (UTCCR), in tema di clausole abusive.

Fatto salvo quanto si dirà di seguito circa la previsione delle clausole di irresponsabilità nell'ambito dei contratti *business-to-business* (cfr. *infra* cap. III, § 6, pagg. 92 ss.), è importante considerare che la novità di maggiore rilievo introdotta del UCTA 1977 e del più recente UTCCR 1999 è rappresentata soprattutto dalla possibilità di sindacare la validità delle clausole in discorso ove il loro contenuto sia da ritenersi «*unreasonable*».

Infatti, prima dell'entrata in vigore del UCTA 1977, le corti non avevano per *common law* il potere di dichiarare invalida una clausola di irresponsabilità soltanto perché iniqua; e, in assenza di tale facoltà, per lungo tempo la giurisprudenza inglese ha fatto ricorso a espedienti ulteriori per mezzo dei quali ottenere indirettamente il risultato di pronunciare l'inefficacia dei patti idonei a realizzare un eccessivo squilibrio del sinallagma contrattuale.

In passato, gli strumenti più utilizzati dalle corti per il controllo della legittimità delle *exemption clauses* – e per la conseguente disapplica-

⁽²⁷¹⁾ Ai fini della presente indagine, è bene considerare che tra i contratti non inclusi nell'ambito di applicazione dei paragrafi 2-4 della normativa (ossia quelli prevedenti i limiti più stringenti) vi sono proprio i “*contracts relating to the creation or transfer of securities*” (cfr. Schedule 1, par. 1, lett. e).

zione delle clausole di esonero dal contenuto iniquo ⁽²⁷²⁾ – furono le tradizionali regole della «*incorporation in the contract*» ⁽²⁷³⁾ e della «*construction*» ⁽²⁷⁴⁾.

Senonché, specie in materia di contratti *business-to-consumer*, ben presto si diffuse la tendenza ad applicare in maniera impropria tali principi, nel tentativo di ravvisare ambiguità anche dove il testo delle clausole non ne facesse effettivamente sorgere. Il tutto, evidentemente, al solo scopo di soddisfare le istanze di protezione del contraente debole nell'ambito dei rapporti negoziali caratterizzati da asimmetrie informative o da un originario squilibrio contrattuale tra le parti ⁽²⁷⁵⁾.

A ciò si aggiunga che, nelle ipotesi di contratti tra soggetti in posizione paritetica, l'applicazione dei suddetti principi non sempre si dimostrava adeguata, non essendo riscontrabile, in queste fattispecie, una vera e propria speculazione di una parte ai danni dell'altra; bensì, tutt'al più, una mera allocazione di specifici rischi contrattuali in capo a uno soltanto dei contraenti.

Al giorno d'oggi, questa impostazione sembra essere stata definitivamente superata: nei contratti con il consumatore, perché applicabili le

⁽²⁷²⁾ Ciò comportava che una *exclusion and limitation clause* redatta in maniera ambigua non era di fatto idonea a escludere la responsabilità del debitore; se non altro nelle ipotesi in cui non fosse immediatamente chiaro che la volontà delle parti avesse voluto effettivamente limitare o escludere la responsabilità del debitore per una determinata perdita o per uno specifico rimedio.

⁽²⁷³⁾ Cfr. E. MCKENDRICK, *Contract Law: Text, Cases, and Materials*, cit., 408 ss.; più precisamente, in base a questa regola è necessario che la specifica pattuizione sia prevista per iscritto all'interno del testo contrattuale sottoscritto dalle parti. In virtù di questo criterio, le Corti riuscirono a ottenere il risultato di escludere l'applicazione della *exemption clause* ritenuta ingiusta affermando che questa non era stata «incorporata» nel contratto; in questo senso, cfr. i casi *J Spurling Ltd v Bradshaw* [1956] 1 W.L.R. 461; e *Thornton v Shoe Lane Parking* [1971] 2 Q.B. 163.

⁽²⁷⁴⁾ Cfr. E. PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, cit., [7-014], 242 ss.; in forza della regola della *construction*, invece, il testo della clausola deve essere idoneo a far comprendere in maniera chiara e inequivoca l'estensione della stessa, oltre agli inadempimenti da essa ricompresi. Mediante l'utilizzo di questo principio i giudici inglesi erano soliti dichiarare l'inefficacia di clausole di irresponsabilità inique concludendo che il tenore letterale della previsione non era idoneo a esonerare il debitore da una determinata perdita che l'altra parte lamentava di aver subito. Analogamente, in tutte le ipotesi di dubbio sulla corretta interpretazione della clausola di esclusione, l'orientamento tradizionale delle Corti inglesi fu per molti anni costante nel senso di adottare il criterio del «*contra proferentem*», applicando così le previsioni in argomento in senso sfavorevole alla parte a beneficio della quale la clausola era disposta; sul punto, cfr. il caso *Tan Wing Chuen v Bank of Credit and Commerce Hong Kong Ltd* [1996] 2 BCLC 69, 77.

⁽²⁷⁵⁾ Ciò accadde, in particolare, nei casi *Wallis Son & Wells v Pratt & Haynes* [1911] A.C. 394 e *Andrews Bros (Bournemouth) Ltd v Singer & Co Ltd* [1934] 1 K.B. 17.

statutory provisions contenute nel UCTA 1977 e del UTCCR 1999; nei contratti tra soggetti in posizione di formale parità giuridica, invece, perché sorpassata da un recente ma ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, in virtù del quale è preferibile lasciare intatto il regolamento negoziale voluto dalle parti al momento della conclusione del contratto, ove non si possa ritenere che la conclusione della *exemption clause* sia stata il prodotto di una strutturale e abusiva supremazia negoziale di una parte ai danni dell'altra.

Tutto ciò ha reso infrequente l'utilizzo delle regole della *incorporation* e della *construction*, come invece spesso è accaduto in tempi meno recenti ⁽²⁷⁶⁾.

In questa direzione, dalla fine degli anni '90 la giurisprudenza inglese ha così sostanzialmente confermato l'interpretazione espressa per la prima volta nel celebre caso *Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society*, adottando di conseguenza un approccio più moderato rispetto all'interpretazione delle clausole in esame ⁽²⁷⁷⁾.

Pare dunque che tra le corti di *common law* sia ormai diffusa la tendenza a confermare l'applicazione degli accordi aventi a effetto l'esonero di alcune delle conseguenze derivanti dall'inadempimento contrattuale –

⁽²⁷⁶⁾ Ciò è accaduto nel caso *Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society* [1998] 1 W.L.R. 896, nel quale per la prima volta sono stati superati tutti i vecchi casi in cui regole artificiali di interpretazione erano stati adottati per l'interpretazione delle *exemption clauses*; in esso Lord Hoffmann stabilì che “*Almost all the old intellectual baggage of 'legal' interpretation has been discarded*”; ciò fu poi ulteriormente ribadito dallo stesso giudice nel *dissenting speech* formulato nel caso *Bank of Credit and Commerce International SA v Ali* [2001] UKHL 8, nei seguenti termini: “*It was however unusual, even in the 19th century, for commercial documents to be interpreted according to rules of construction. The quest for certainty, which still dominated the construction of wills and deeds, was thought less important than the need to give effect to the actual commercial purpose of the document. There was however one remarkable example in the 20th century of a rule of construction being evolved by the courts in a commercial context. This was the rule for construing exemption clauses. But the purpose was different from that of most of the rules applied to wills and deeds. It was not to promote certainty of construction but to remedy the unfairness which exemption clauses could create*”.

⁽²⁷⁷⁾ Più precisamente, il moderno orientamento delle Corti inglesi nei confronti delle clausole di esonero da responsabilità non è di interpretare il contratto come se la clausola non esistesse e successivamente di verificare se la clausola garantisca una effettiva difesa rispetto alla controversia; bensì di interpretare l'intero contratto insieme alla *exemption clause* al fine di scoprire la comune intenzione delle parti rispetto alla eventuale esclusione della responsabilità rispetto a un determinato rischio contrattuale; a questo riguardo, cfr. *Whitecap Leisure Ltd v John H Rundle Ltd* [2008] EWCA Civ 1026; *National Westminster Bank v Utrecht America Bank* [2001] C.L.C. 1372.

tra cui, naturalmente, l'esperibilità dei rimedi – allorquando questi si traducano nella stipulazione di una clausola conosciuta dalle parti al momento della conclusione del contratto; e, più esattamente, a condizione che le circostanze del caso concreto dimostrino che le parti abbiano avuto la possibilità di negoziare liberamente il contenuto del patto, come di norma accade quando i contraenti siano imprese commerciali.

6. *Exemption clauses* e contratti tra imprese: il limite della ragionevolezza del patto di esonero della responsabilità e dei rimedi.

Come detto, oggi giorno l'approccio delle corti inglesi nei confronti delle clausole di irresponsabilità è assai differente a seconda che si tratti di contratti tra imprese ovvero tra soggetti di *status* diseguale. Se infatti il contratto è stipulato fra imprenditore e consumatore, numerose disposizioni di legge vietano di prevedere pattuizioni che importino un significativo squilibrio tra i rispettivi diritti e doveri dei contraenti, a danno esclusivo della parte più debole.

Diversamente, nell'ambito della contrattazione individualizzata e tra pari, non vi sono norme che appositamente impongano la soggezione delle clausole in discorso ad alcun vaglio sulla effettiva ragionevolezza della pattuizione. Il fondamento della scelta legislativa deve essere individuato nella esigenza di lasciare ampi margini di libertà alle parti che siano in posizione di forza contrattuale paritaria di allocare tra loro alcuni dei rischi derivanti dall'inadempimento del contratto che si apprestano a stipulare.

Così ragionando, le *exclusion and limitation clauses* nei contratti *business-to-business* – come quello oggetto della presente analisi, il *sale and purchase agreement* – andrebbero intese come un meccanismo di assunzione e distribuzione di specifici rischi contrattuali. In tal senso, il principio più significativo è quello espresso da Lord Wilberforce nel celebre caso *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd*, nel quale si è

affermato che, nell'ambito delle controversie commerciali, in cui le parti hanno di norma il medesimo potere negoziale e i rischi sono il più delle volte appositamente assicurati, è bene che i contraenti siano lasciati liberi di allocare i rischi come meglio ritengano, al fine di rispettare lo schema negoziale dagli stessi concepito ⁽²⁷⁸⁾.

Questa lettura è stata recentemente confermata dalla giurisprudenza inglese nel caso *Watford Electronics Ltd v Sanderson CFL Ltd*, in cui la Court of Appeal è tornata a occuparsi delle clausole di irresponsabilità nell'ambito dei contratti tra imprese, stabilendo che quando i contraenti sono professionisti esperti, essi sono gli unici soggetti in grado di giudicare la ragionevolezza degli accordi che sottoscrivono ⁽²⁷⁹⁾; e che, di conseguenza, a meno che il giudice non ritenga che la clausola consenta a una parte di trarre un ingiusto vantaggio sull'altra – o che una pattuizione sia irragionevole al punto da non essere stata propriamente compresa o considerata dalla controparte – le parti devono avere la facoltà di regolare il rapporto contrattuale in base alle proprie specifiche esigenze. E ciò, in virtù del noto principio del «*freedom of contract*» che può trovare piena applicazione soltanto nel momento in cui non vi sia la concreta necessità di tutelare una parte in posizione di sostanziale svantaggio nei confronti dell'altra ⁽²⁸⁰⁾.

⁽²⁷⁸⁾ Cfr. Lord Wilberforce nel caso *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] A.C. 827: “*In commercial matters generally, when the parties are not of unequal bargaining power, and when risks are normally borne by insurance, not only is the case for judicial intervention undemonstrated, but there is everything to be said for leaving the parties free to apportion the risk as they think fit and for respecting their decisions*”. Un ulteriore conferma del fatto che le Corti recenti sono state favorevoli a superare i vecchi restrittivi principi di interpretazione può essere rinvenuto nella decisione della House of Lords in *Fiona Trust and Holding Corp v Privalov* [2007] UKHL 40; più precisamente, in quell'occasione si è sostenuto che fosse giunto il tempo di adottare un approccio più leggero all'interpretazione delle clausole arbitrali.

⁽²⁷⁹⁾ L'interpretazione appena esaminata ha infatti trovato conferma nella vicenda *Granville Oil & Chemicals Ltd v Davis Turner & Co. Ltd* [2003] EWCA Civ 570, nella quale la stessa Corte ha ribadito quanto segue: “*The 1977 Act [UCTA] obviously plays a very important role in protecting vulnerable consumers from the effects of draconian contract terms. But I am less enthusiastic about its intrusion into contracts between commercial parties of equal bargaining strength, who should generally be considered capable of being able to make contracts of their choosing and expect to be bound by their terms*”.

⁽²⁸⁰⁾ Così, *Watford Electronics Ltd v Sanderson CFL Ltd* [2001] 1 All E.R. (Comm) 696: “*Where experienced businessmen representing substantial companies of equal bargaining power negotiate an agreement, they may be taken to have had regard to the matters known to them. They should, in my view, be taken to be the best judge of the commercial fairness of the agreement which they have made, includ-*

Quanto appena affermato non significa, tuttavia, che l'autonomia privata non incontri limiti nella deroga al regime legale di distribuzione del rischio contrattuale. Viceversa, anche negli ordinamenti di *common law*, in cui la libertà dei contraenti è senz'altro maggiore rispetto a quella riconosciuta alle parti nei sistemi giuridici di tradizione romanistica, il tentativo di una parte di incidere sulle conseguenze dell'inadempimento imputabile è di norma soggetto al c.d. "*test of reasonableness*", ossia a una valutazione svolta dall'autorità giudiziaria in caso di controversia, sulla ragionevolezza della clausola di irresponsabilità alla luce di tutte le circostanze del caso concreto. Tutto ciò, naturalmente, al fine di verificare se, malgrado l'iniziale posizione di parità negoziale, una parte possa aver ingiustamente speculato sul proprio inadempimento ai danni dell'altra.

In tale prospettiva, le corti di *common law* hanno perciò affermato che, affinché la clausola di esonero non sia disapplicata, è necessario che l'intero contratto non sia privato della sua causa giustificatrice, alla luce della funzione economica e commerciale che le parti hanno inteso realizzare mediante la conclusione dello stesso.

Sotto questo profilo, dunque, pur nella consapevolezza che le parti devono poter configurare il regolamento contrattuale in modo da assicurare la soddisfazione delle proprie esigenze; e pur prendendo atto che quanto più i contraenti sono in grado di redigere *exemption clauses* dal contenuto non equivoco ⁽²⁸¹⁾ tanto più è possibile limitare la discrezionalità del giudice nell'accertarne la legittimità; la giurisprudenza inglese ha in più occasioni stabilito che una clausola che incide sulle conseguenze

ing the fairness of each of the terms in that agreement. They should be taken to be the best judge on the question whether the terms of the agreement are reasonable. The court should not assume that either is likely to commit his company to an agreement which he thinks is unfair, or which he thinks includes unreasonable terms. Unless satisfied that one party has, in effect, taken unfair advantage of the other – or that a term is so unreasonable that it cannot properly have been understood or considered – the court should not interfere”.

⁽²⁸¹⁾ Al punto da essere “*understandable by any intelligent businessman*”, come affermato in *Rees-Hough Ltd v Redland Reinforced Plastics Ltd* (1985) 2 Con LR 109.

derivanti dall'inadempimento non può in ogni caso determinare risultati incompatibili con le finalità che il contratto si propone di perseguire.

Così impostato il discorso, ne derivano alcune conseguenze non prive di implicazioni applicative.

La prima di queste è evidentemente che la predisposizione di una clausola dal contenuto puntuale e non ambiguo non preclude ogni indagine sulla effettiva iniquità del patto d'irresponsabilità. Un controllo di merito sulle clausole che provocano un irragionevole squilibrio nel sinallagma contrattuale è infatti possibile tutte le volte in cui – malgrado il chiaro tenore del patto – il contratto sia idoneo a realizzare conseguenze irragionevoli dal punto di vista commerciale ⁽²⁸²⁾.

Il secondo aspetto da tenere in considerazione è che il giudice chiamato a compiere un esame della clausola limitativa della responsabilità o dei rimedi contrattuali può trarne un significato differente rispetto a quello convenuto dalle parti, tradottosi poi nella predisposizione della stessa.

Sul punto, merita in sintesi soltanto richiamare la nota vicenda *Mannai Investment Co. Ltd v Eagle Star Life Ass. Co. Ltd* ⁽²⁸³⁾, in cui la Corte ha precisato che, nel determinare il significato del testo di un contratto commerciale, il giudice deve preferire una interpretazione “*commercially sensible*”. A detta dei giudici, la ragione che sta alla base di questo orientamento è che un'interpretazione sensibile alla natura commerciale del contratto e alla qualità professionale dei contraenti sarebbe più idonea a rendere effettiva la volontà delle parti ⁽²⁸⁴⁾.

⁽²⁸²⁾ Quest'orientamento è stato recentemente ribadito nel caso *Internet Broadcasting Corp Ltd v Mar LLC* [2009] EWHC 844, nel quale si è altresì descritto tale principio con l'espressione “*The rejection of literalism*”. In particolare, nella decisione la Corte ha fatto affidamento sul principio in argomento per interpretare una *exemption clause* come non idonea a estendersi a un inadempimento essenziale del contratto (c.d. *repudiatory breach*) causato intenzionalmente da una delle parti.

⁽²⁸³⁾ Cfr., *Mannai Investment Co. Ltd v Eagle Star Life Ass. Co. Ltd* [1997] 749.

⁽²⁸⁴⁾ Cfr., *Mannai Investment Co. Ltd v Eagle Star Life Ass. Co. Ltd*, cit., 771: “*In determining the meaning of the language of a commercial contract (...) the law (...) generally favours a commercially sensible construction. The reason for this approach is that a commercial construction is more likely to give effect to the intention of the parties. Words are therefore interpreted in the way in which a reasonable commercial person would construe them. And the standard of the reasonable commercial person is*

L'esame sin qui svolto ha permesso di notare che, secondo la giurisprudenza inglese, l'intervento del giudice nell'ambito dei contratti stipulati tra soggetti ugualmente esperti debba essere il più possibile minimalista; ma che, al contempo, la deroga al regime ordinario della responsabilità contrattuale non possa essere lasciata *in toto* alla disponibilità dei contraenti.

Un più attento esame della *case law* inglese dimostra infatti che in nessun caso un contraente può conseguire un beneficio contrario a buona fede ai danni della controparte, per effetto dell'esclusione dei rimedi e delle responsabilità derivanti dall'inadempimento imputabile; e ciò, neppure ove tale risultato sia il frutto dell'applicazione letterale di una *exemption clause* dal contenuto chiaro e non ambiguo. Invero, la circostanza che una parte abbia preventivamente accettato condizioni di allocazione del rischio più sfavorevoli rispetto all'altra, non esclude l'indagine da parte dell'autorità giudiziaria sull'idoneità del contratto a realizzare la propria causa, sia in astratto sia in concreto.

7. Il caso *Fujitsu Services v IBM UK*: l'oggetto dell'indagine sulla ragionevolezza dell'esclusione dei rimedi contrattuali.

Per concludere sul tema dei limiti di validità delle *exemption clauses* stipulate nell'ambito dei contratti tra imprese, si segnala una recentissima decisione – che peraltro si incardina perfettamente nel solco della giurisprudenza inglese prevalente – con cui la High Court si è espressa sulla presunta iniquità di una clausola di esonero pressoché totale delle reciproche responsabilità contrattuali.

Si tratta del caso *Fujitsu Services Ltd v IBM United Kingdom Ltd* che rappresenta l'attuale punto di sintesi dei principi utilizzati dalla *case law* sull'esclusione dei rimedi contrattuali in caso di inadempimento. In

hostile to technical interpretations and undue emphasis on the niceties of language"; nonché *Sirius Int. Ins. Co Ltd. v. FAI Gen. Ins. Ltd.* [2004] 1 WLR 3251 @ [19].

esso, le parti avevano convenuto una *exclusion clause* dal seguente tenore:

“Neither Party shall be liable to the other under this Sub-Contract for loss of profits, revenue, business, goodwill, indirect or consequential loss or damage” ⁽²⁸⁵⁾.

Nella vicenda in commento, relativa a un contratto di subappalto di servizi di *information technology*, la parte creditrice Fujitsu Services lamentava il mancato adempimento da parte di IBM UK della principale obbligazione assunta con la stipulazione del contratto, e tentava perciò di superare la chiara formulazione della clausola di esclusione appena richiamata, rilevando che, ove mai la pattuizione fosse stata considerata valida ed efficace, avrebbe avuto l’effetto di ridurre il contratto a una mera dichiarazione di intenti ⁽²⁸⁶⁾.

Più precisamente, a detta dell’attrice, benché il tenore letterale del patto lasciasse intendere il contrario, non poteva seriamente ritenersi che le parti avessero effettivamente voluto concludere un contratto in cui da un lato promettevano un prestazione, e dall’altro lato consentivano la liberazione della controparte da qualsivoglia responsabilità in caso di inadempimento. Secondo Fujitsu Services, ciò significava dar vita a un vincolo contrattuale, privandolo nel contempo di ogni giuridicità.

Nel risolvere la controversia, la High Court ha stabilito che il fatto che la pattuizione non desse adito a dubbi interpretativi sulla sua esten-

⁽²⁸⁵⁾ Cfr. il caso *Fujitsu Services Ltd v IBM United Kingdom Ltd* [2014] EWHC 752 (TCC); in esso la società IBM United Kingdom stipulava un contratto di appalto con la Driver and Vehicle Licensing Agency (DVLA) avente a oggetto la fornitura di servizi IT e di rinnovamento dei processi aziendali; al fine di adempiere le obbligazioni assunte nei confronti di DVLA, IBM concludeva con Fujitsu Services un contratto di subappalto con cui la subappaltatrice si impegnavano a eseguire le opere pattuite, tra cui la gestione quotidiana, il supporto e la manutenzione delle infrastrutture IT (entrambi i contratti sono stati stipulati nel settembre 2002 per la durata di dieci anni). Sennonché, qualche tempo dopo Fujitsu Services ha lamentato che, in violazione del contratto di subappalto, IBM l’avesse sostanzialmente privata del lavoro commissionato, avendo mancato di subappaltarle una cospicua parte dei servizi assunti in favore di DVLA e non avendo recepito le procedure di controllo delle modifiche in materia di modifiche al contratto principale di IBM. Oltre a ciò, Fujitsu Services ha dedotto che queste violazioni le avessero causato una perdita di guadagno pari a oltre £ 36.000.000. D’altro canto, IBM ha contestato ogni addebito, sulla base della *exclusion and limitation clause* prevista nel contratto di subappalto.

⁽²⁸⁶⁾ In particolare, nel testo della decisione si legge l’espressione “*Statement of intent*”.

sione e sugli inadempimenti in essa ricompresi ⁽²⁸⁷⁾, non poteva di per sé escludere una più approfondita analisi sulla liceità e la ragionevolezza della stessa clausola. In questo senso, la Corte ha stabilito che quanto previsto dalla *exemption clause* dovesse essere altresì interpretato alla luce di tutte le circostanze del caso concreto ⁽²⁸⁸⁾.

Ciò nonostante, i giudici hanno poi concluso che nulla nel contesto generale in cui il patto si inseriva – tra cui l'imputabilità a colpa semplice dell'inadempimento di IBM UK, la particolare analiticità del contratto, e il fatto che lo stesso fosse stato negoziato tra soggetti esperti, assistiti da consulenti legali dall'elevato profilo – consentisse di adottare una interpretazione della clausola differente rispetto a quella strettamente letterale. Di qui, la piena validità ed efficacia della pattuizione in questione e il conseguente rigetto della domanda dell'attrice Fujitsu Services.

Senza ritornare sui profili teorici già esaminati, è appena il caso di soffermarsi sul percorso logico seguito dai giudici inglesi nel caso in commento.

Val la pena di notare, infatti, che la Corte non si è pronunciata nel senso della validità della *exemption clause* solo in virtù della chiara formulazione della stessa, che non poteva essere stata in alcun modo fraintesa dal contraente deluso; ma ha stabilito la piena ammissibilità della pattuizione solo all'esito dell'analisi del suo contenuto alla luce di tutte le circostanze del caso concreto, dalle quali, tuttavia, non è emerso alcun comportamento contrario a buona fede della parte inadempiente. E ciò, benché la clausola di esclusione fosse *ictu oculi* idonea a determinare un

⁽²⁸⁷⁾ La Corte ha ammesso che il tenore della clausola fosse effettivamente “*clear and unambiguous*”; ciò nonostante, i giudici hanno ritenuto che nessuna parte abbandonerebbe mai ogni rimedio riconosciuto dalla legge, e che una previsione in senso contrario debba risultare in maniera chiara e non equivocabile dal testo contrattuale.

⁽²⁸⁸⁾ Cfr. *Fujitsu Services Ltd v IBM United Kingdom Ltd*, cit., par. 36: “*The fact that the language is clear and unambiguous is of course not, without more, the end of the question. The words of the basic exclusion must be read in the context of the whole exclusion clause, the contract as a whole, the material background and circumstances as at the time the Sub-Contract was entered into. There is a necessary process of construction (...) and a starting presumption that neither party intends to abandon any remedies arising by operation of law. Clear express words must be used in order to rebut this presumption*”; nello stesso senso cfr. anche il caso *Kudos Catering (UK) Limited v Manchester Central Convention Complex Limited* [2013] EWCA Civ 38.

immediato pregiudizio ai danni del contraente fedele per effetto del solo verificarsi dell'inadempimento della controparte ⁽²⁸⁹⁾.

Secondo la più recente giurisprudenza inglese, quindi, se due contraenti esperti concordano una determinata distribuzione del rischio contrattuale, si presume che il prezzo corrisposto da una parte all'altra rifletta una simile ripartizione; e che, conseguentemente, nessun contraente possa in un momento successivo lamentare lo squilibrio prodotto a proprio danno dalla clausola di esclusione. Sicché – questa, in particolare, è la conclusione della House of Lords – in assenza di disparità di potere contrattuale tra i contraenti, il giudice dovrebbe essere molto cauto nel determinare la non ragionevolezza di una *exemption clause*.

Il principio, evidentemente ispirato dall'esigenza di garantire il più ampio spazio ai contraenti di *status* eguale nell'esclusione delle tutele contrattuali, viene però temperato dal controllo delle corti sulla ragionevolezza della clausola di esonero. E, a ben vedere, ciò è esattamente quanto accade nell'ordinamento italiano per il patto di irrisolubilità e la pronuncia della sua inefficacia, in caso di contrarietà a buona fede dell'esclusione del rimedio risolutorio ⁽²⁹⁰⁾.

Di qui, un primo punto di contatto tra la disciplina di *common law* e quella italiana in tema di limitazione delle tutele sinallagmatiche.

8. *Exemption clauses* e inadempimenti imputabili a dolo e colpa grave.

Svolte queste considerazioni sulle *exemption clauses* nell'ambito dei contratti fra imprenditori, è appena il caso di verificare se quanto affermato vale, come principio generale, anche in caso di inadempimenti imputabili a dolo o colpa grave dei contraenti.

⁽²⁸⁹⁾ Cfr. *Fujitsu Services Ltd v IBM United Kingdom Ltd*, cit., parr. 37-38: “But there is nothing in the context or surrounding clauses of the Sub-Contract that point to any different construction than a simple application of the words to the facts of the case. On the contrary, a consideration of all the relevant circumstances provides support for a straightforward application”.

⁽²⁹⁰⁾ Cfr. *supra* cap. II, § 5.3, pag. 59.

Scopo dell'analisi è in primo luogo di verificare se sussistano analogie tra la disciplina di *common law* e quella prevista dall'art. 1229 cod. civ., secondo cui è nullo il patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave. E, in secondo luogo, di indagare se i risultati raggiunti nell'ambito dell'esperienza giuridica inglese possano offrire spunti utili all'interprete italiano al fine di dimostrare l'ammissibilità all'interno del nostro ordinamento delle clausole aliene di *sole remedy*, con le quali i contraenti limitano l'accessibilità dei rimedi per far fronte all'inadempimento contrattuale.

Prima di entrare nel merito della disciplina sostanziale applicabile alle clausole di irresponsabilità in Inghilterra, giova premettere che intorno alla metà del '900 si diffuse nei paesi di *common law* l'orientamento secondo cui le *exemption clauses* fossero da considerarsi prive di effetto in presenza di inadempimenti tanto gravi da non poter essere oggetto di regolamentazione pattizia da parte dei contraenti ⁽²⁹¹⁾.

Quest'impostazione – che fu denominata «teoria del *fundamental breach*» – ebbe però vita breve e fu respinta qualche tempo dopo dalla House of Lords nel celebre caso *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime SA v NV Rotterdamsche Kolen Centrale* ⁽²⁹²⁾.

Con la pronuncia appena citata, i giudici inglesi stabilirono che non sussiste alcun canone nel sistema di *common law* in virtù del quale l'inadempimento di una delle obbligazioni principali del contratto sarebbe in grado di determinare l'automatica invalidità di una clausola d'irresponsabilità; e che è solo un problema di interpretazione del contratto quello di stabilire se la clausola in discorso si applichi o meno a un determinato inadempimento ⁽²⁹³⁾.

⁽²⁹¹⁾ Sul punto, cfr. *Karsales (Harrow) Ltd v Wallis* [1956] 1 W.L.R. 936.

⁽²⁹²⁾ *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime SA v NV Rotterdamsche Kolen Centrale* [1967] 1 AC 361.

⁽²⁹³⁾ Malgrado la decisione avesse criticato duramente la teoria del *fundamental breach*, le parole utilizzate dalla House of Lords lasciarono erroneamente intendere che fosse determinante, ai fini della valida esclusione delle conseguenze derivanti dall'inadempimento, che la parte che agiva in giudizio per sentir dichiarare l'altrui inadempimento avesse già eseguito la propria prestazione; ciò favorì la nascita di una ulteriore interpretazione secondo cui gli effetti del *fundamental breach* fossero di far eliminare il con-

Benché la teoria del *fundamental breach* sia stata ormai definitivamente superata dalla *case law* inglese, è importante considerare che, in ogni caso, maggiore è lo squilibrio causato da un determinato inadempimento al sinallagma funzionale, maggiore è l'attenzione con cui il giudice è chiamato ad analizzare la eventuale contrarietà a buona fede della clausola di irresponsabilità ⁽²⁹⁴⁾.

Ne deriva, secondo la *case law* inglese, che una parte non può contare sulla efficacia della clausola di esonero, quando il suo inadempimento sia “*intentional or reckless*”. In caso contrario, per i giudici britannici, il patto sarebbe incompatibile con il carattere giuridico dell'impegno debitorio assunto, e il negozio potrebbe risolversi in un ingiusto arricchimento della parte inadempiente ⁽²⁹⁵⁾.

E' interessante allora interrogarsi sul significato delle espressioni “*intentional*” e “*reckless*”, utilizzate dalle corti di *common law* per individuare il fondamento del principio per cui sarebbe invalido il patto di esonero da responsabilità del debitore nelle ipotesi in cui l'inadempimento non sia “*merely negligent*” ⁽²⁹⁶⁾, ossia imputabile a colpa semplice ⁽²⁹⁷⁾.

In quest'ottica, è assai rilevante comprendere se questi termini consentano di ravvisare un ulteriore punto di contatto tra la disciplina delle *exclusion and limitation clauses* di diritto inglese e quella prevista

tratto e tutti i suoi effetti, facendo così venire meno, con esso, anche la clausola di esclusione fatta valere dal convenuto. Anche questa interpretazione fu tuttavia messa a tacere dalle corti inglesi; in particolare, nel caso *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] A.C. 827, Lord Diplock confermò che l'effetto di agire per ottenere la *termination for breach* del contratto non è di porre nel nulla tutti gli effetti del negozio, bensì di liberare le parti dal dovere di adempiere le “*primary obligations*”, lasciando intatte tutte le ulteriori obbligazioni conseguenti, a carico della parte cui l'inadempimento è imputabile.

⁽²⁹⁴⁾ Sul punto, cfr. E. PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, cit., [7-026], 249.

⁽²⁹⁵⁾ Cfr. *Hollins v J Davy Ltd* [1963] 1 Q.B. 844; cfr. altresì *Sze Hai Tong Bank v Rambler Cycle Co* [1959] A.C. 576; *Kenyon, Son & Craven v Baxter Hoare & Co* [1971] 1 W.L.R. 519.

⁽²⁹⁶⁾ Così, Cfr. *Hollins v J Davy Ltd* [1963] 1 Q.B. 844.

⁽²⁹⁷⁾ Al riguardo, si osserva che le medesime espressioni sono state utilizzate dalla Commissione Unidroit nella redazione dei Principi sui contratti commerciali internazionali 2010: cfr. l'art. 7.3.1, comma 2, lett. c, degli stessi Principi, rubricato *Right to terminate the contract*, il quale dispone che “*In determining whether a failure to perform an obligation amounts to a fundamental non-performance regard shall be had, in particular, to whether (...) the non-performance is intentional or reckless*”.

dall'art. 1229 cod. civ.. Questa volta, sotto il profilo della validità delle clausole di limitazione ed esonero dei rimedi contrattuali.

Riguardo al patto di irresponsabilità per dolo, pare plausibile ravvisare una certa omogeneità tra la disciplina di *common law* e quella italiana. Convince in questo senso il trattamento che nell'ordinamento inglese viene riservato al concetto di *fraud* ⁽²⁹⁸⁾. E convince ancora nel senso indicato la segnalata prospettiva che, anche in Inghilterra, ripudia l'atteggiamento della parte contrattuale che si impegni a eseguire una determinata prestazione, e contestualmente pattuisca l'esonero della propria responsabilità nel caso di inadempimento doloso, in quanto ciò costituirebbe un comportamento contraddittorio e "malizioso" ⁽²⁹⁹⁾.

Per quanto attiene alle clausole di irresponsabilità per colpa, invece, il tema è più delicato.

Mentre per le ipotesi di colpa ordinaria (*mere negligence*) le corti hanno stabilito che, al fine di escludere o limitare la responsabilità dei contraenti, è sufficiente utilizzare parole chiare e non equivoche della volontà di una parte di escludere la responsabilità dell'altra ⁽³⁰⁰⁾; per i casi di colpa grave (*gross negligence*), tale stato soggettivo non ha ancora trovato una propria collocazione sistematica nel *contract law* inglese, di qui la difficoltà di rinvenire una chiara distinzione tra questa e la colpa ordinaria – benché, in realtà, sia stato affermato che nelle ipotesi di *gross ne-*

⁽²⁹⁸⁾ In questo senso, la giurisprudenza inglese è da tempo ferma nel ritenere che le parti non possono prevedere che una di loro sia esonerata da responsabilità laddove la propria condotta sia stata intenzionalmente inadempiente; sul punto, cfr. *HIH Casualty and General Insurance Ltd v Chase Manhattan Bank* [2003] UKHL 6; *S Pearson & Son Ltd v Dublin Corporation* [1907] AC 351; *Shipskreditforeningen v Emperor Navigation* [1998] 1 Lloyd's Rep. 76.

⁽²⁹⁹⁾ P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 203; più precisamente: "La ragione per la quale la legge non ammette l'estensione dell'esonero da responsabilità al caso d'inadempimento doloso è semplice. La clausola è meritevole di riconoscimento giuridico in quanto rivolta ad attribuire il rischio a chi può meglio prevenirlo, assicurarlo, o affrontarlo; ma il fatto doloso non rientra nel concetto di rischio: l'irresponsabilità per il fatto doloso non conduce a una corretta ripartizione dei rischi, bensì solamente a una distorsione degli incentivi. La ragione per cui la clausola di esonero da responsabilità per dolo non è ammissibile è la stessa per cui il fatto doloso non è assicurabile".

⁽³⁰⁰⁾ Cfr. il caso *Gillespie Bros & Co Ltd v Roy Bowles Transport Ltd* [1973] 1 QB 400. E' appena il caso di sottolineare, in ogni caso, che la legge inglese ha ormai notevolmente ridotto i casi in cui è consentito esonerare una parte dalla responsabilità imputabile a titolo di colpa; sicché, ormai, all'autonomia privata sarebbero riconosciuti spazi estremamente limitati.

gligence sarebbero ricompresi i casi di “*serious disregard of or indifference to an obvious risk*” ⁽³⁰¹⁾.

Ne risulta che i principi affermati dalla giurisprudenza nel *common law* in tema di *exemption clauses* sembrano di fatto assimilabili a quelli previsti nel nostro ordinamento per determinare la validità delle clausole di esonero da responsabilità di cui all’art. 1229 cod. civ..

Questa lettura pare trovare conferma nella circostanza che in entrambi i sistemi giuridici è dato all’autonomia privata di modellare diversamente le conseguenze derivanti dall’inadempimento imputabile, seppure entro i medesimi confini del dolo e della colpa grave.

Entro i limiti ora indicati, infatti, le clausole di irresponsabilità contrattuale sembrano valide sia nell’ordinamento inglese sia in quello italiano. E il discorso sin qui svolto in relazione alle *exclusion and limitation clauses* vale analogamente per le clausole con cui le parti escludono alcuni dei rimedi contrattuali previsti dalla legge in caso di inadempimento ⁽³⁰²⁾, laddove una simile alterazione del sinallagma funzionale sia imputabile a colpa semplice – e non a dolo o a colpa grave – della parte in favore della quale la pattuizione è stata preventivamente pattuita.

⁽³⁰¹⁾ Cfr. *The Hellespont Ardent* [1997] 2 Lloyd’s Rep 547. Per un parallelo sul punto con la disciplina italiana, si segnala l’opinione di F. DELFINI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 576, secondo cui “*Malgrado per mera vischiosità concettuale talvolta la dottrina contrapponga, al dolo e colpa grave menzionati nell’art. 1229 cit., la «colpa lieve», si deve essere consapevoli che si tratta di operazione linguistica arbitraria: oltre la colpa grave, menzionata dalla norma, vi è la colpa «tout court», cioè la semplice colpa e non già la mera «colpa lieve»*”.

⁽³⁰²⁾ Per la *case law* inglese, l’esclusione dei rimedi contrattuali non possa essere in nessun caso presunta; cfr. E. PEEL, *The common law tradition: application of boilerplate clauses under English law*, cit., 154; di conseguenza, in conformità con quanto analizzato nel paragrafo precedente, “*A term which seeks to exclude remedies rather than liability still qualifies as an exclusion clause for the purposes of the statutory controls on the use of such clauses in the Unfair Contract Terms Act 1977. In consumer contracts or commercial contracts made on one party’s written standard terms, such a clause will be unenforceable if it fails the test of reasonableness*”; sul punto, cfr. anche E. PEEL, *Treitel on the Law of Contract*, cit., [18-056], 890 s.: “*The contract may contain a term purporting to exclude the right to terminate. Such clause is subject to the rules (...) which limit the effectiveness of exemption clauses. It is submitted that, in applying the test of reasonableness and fairness found in the statutory controls to clause excluding the right to terminate for breach of condition, the courts may be influenced by the likely effects of the breach (as viewed at the time of contracting), and so taking into account the factors which determine whether a failure in performance is sufficiently “substantial” to give rise to the right to terminate. A similar point can be made with regard to the process of construction which is applied to exemption clauses in certain cases of particularly serious breach*”.

Ciò consente di affermare che l'opinione oggi prevalente nella dottrina italiana, secondo cui la clausola di irrisolvibilità per inadempimento sarebbe valida entro il limite della colpa semplice, pare giustificata anche alla luce dei principi del *common law* inglese in tema di esclusione delle tutele sinallagmatiche in caso di *non-performance*.

Donde, anche sotto il profilo della validità della pattuizione, un ulteriore punto di contatto tra l'ordinamento italiano e quello di origine delle *exemption clauses*.

9. Conclusioni.

Le considerazioni sin qui svolte convergono a dimostrare che nei sistemi di *common law* i contraenti godono di ampia libertà nel disporre dei rimedi contrattuali e delle ulteriori conseguenze dell'inadempimento imputabile.

E' stato osservato, infatti, che in talune occasioni sia i danni compensativi sia l'ordine di esecuzione in forma specifica non sono idonei a reintegrare il contraente fedele del pregiudizio subito. Per questa ragione, l'autonomia privata ha coniato strumenti inediti per la tutela del *performance interest* che prendono il nome di *agreed remedies*.

A ciò si aggiunga che mediante la previsione di una *exemption clause* è concesso alle parti di allocare i rischi derivanti dall'inadempimento di un'obbligazione contrattuale nel più assoluto rispetto delle esigenze del caso concreto. Al riguardo, la *case law* inglese ha recentemente stabilito che, quando il contratto sia stato oggetto di trattativa e i contraenti abbiano il medesimo potere negoziale, sembrerebbe non esservi ragione per stipulare un patto di esclusione irragionevole che comporti un eccessivo squilibrio a carico di una delle parti. Di qui, la conclusione che le *exemption clauses* (tra cui le clausole con cui si escludono i rimedi contrattuali in caso di inadempimento, oggetto della presente indagine) debbano ritenersi valide, nei contratti stipulati

nell'ambito delle transazioni commerciali, ove non “*unfair*” o “*unreasonable*” rispetto alle finalità economiche che il contratto stesso intende perseguire ⁽³⁰³⁾.

Anche nel *common law* inglese, quindi, non vi sarebbero indici di assoluta intangibilità per le parti delle conseguenze della patologia del rapporto contrattuale. Unici limiti imposti all'autonomia privata sarebbero, anche in questo caso, la contrarietà a buona fede dell'esclusione delle tutele sinallagmatiche e l'imputabilità a dolo o colpa grave dell'inadempimento previsto nel patto.

Sulla base di queste considerazioni, è quindi necessario, ora, compiere un'ulteriore riflessione sul tema che qui interessa, ipotizzando che la clausola di *sole remedy* esca dal suo naturale terreno d'elezione e penetri all'interno di sistemi giuridici a essa alieni (nello specifico, quello italiano).

Nel capitolo che segue si tornerà, dunque, all'analisi della effettiva portata della clausola di rimedio esclusivo prevista all'interno di un *sale and purchase agreement* governato dalla legge italiana, per verificare con approccio empirico cosa accade quando sorgano questioni sul coordinamento della clausola in commento con il nostro ordinamento. Il tutto, naturalmente, per risolvere il quesito dal quale abbiamo preso le mosse, ossia se la clausola di *sole remedy* sia valida per il diritto italiano.

⁽³⁰³⁾ Gli autori suggeriscono in ogni caso di adottare uno stile redazionale prudente e comprensibile, in modo da ridurre al minimo il rischio che una clausola sia resa inefficace, perché non chiara o equivoca.

CAPITOLO IV

LE CLAUSOLE DI *SOLE REMEDY* E LA BARRIERA DEL DIRITTO ITALIANO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La clausola di *sole remedy*. – 3. I rimedi mantenutivi esclusi dalla clausola di *sole remedy*. – 4. (*Segue*): b) l'eccezione di inadempimento. – 5. I rimedi demolitori: a) l'esclusione delle azioni di annullabilità e rescissione del contratto. – 6. (*Segue*): b) l'esclusione degli artt. 1492, 1494 e 1497 cod. civ. – 7. La risoluzione per inadempimento e la sua esclusione convenzionale. – 8. La previsione del risarcimento del danno in via autonoma. – 9. Il problema delle restituzioni contrattuali. – 10. Le conseguenze della eventuale incompatibilità della *sole remedy clause* con il diritto italiano. – 11. (*Segue*): Il giudizio sulla nullità della clausola. – 12. Gli spunti offerti dal diritto uniforme. – 13. *Sole remedy clause* e norme materiali del diritto italiano.

1. Premessa.

Tratteggiati nei termini di cui sopra le funzioni e i limiti della clausole di irrisolubilità nel nostro ordinamento e in quello inglese, veniamo ora all'ipotesi, centrale per l'oggetto della ricerca, in cui una clausola di *sole remedy* sia inserita in un *sale and purchase agreement* nel quale le parti espressamente scelgono il diritto italiano quale legge applicabile.

Nei capitoli che precedono (cfr. *supra* cap. II), si è avuto modo di dimostrare che nell'ordinamento italiano le clausole di irrisolubilità espressa devono ritenersi valide ed efficaci, a patto che siano rispettate le condizioni imposte dall'art. 1229 cod. civ., e l'interesse del contraente fedele non rimanga privo di effettiva tutela.

Del resto, se al verificarsi dell'inadempimento il creditore avesse a disposizione l'azione di adempimento oppure quella di risarcimento del danno, non vi sarebbe ragione per sanzionare con l'invalidità la clausola con cui le parti rinuncino preventivamente alla risoluzione del contratto in favore della stabilità del vincolo negoziale ⁽³⁰⁴⁾.

La soluzione prospettata in relazione al patto di irrisolubilità nell'ordinamento italiano ha trovato conferma per le *exemption clauses* nel *common law* inglese. A questo riguardo, si è avuta occasione di considerare che, anche nei sistemi di origine delle clausole in commento,

⁽³⁰⁴⁾ Sul punto, cfr. *supra* cap. II, § 5.1, pagg. 52 ss..

non vi sarebbero indici di assoluta intangibilità per le parti delle conseguenze della patologia del rapporto contrattuale ⁽³⁰⁵⁾.

In considerazione dei risultati raggiunti, è dunque il caso di esaminare, in modo empirico e applicativo, la reazione dell'ordinamento italiano nei confronti della clausola di *sole and exclusive remedy*. Lo studio si giustifica in base alla circostanza di fatto per cui dette pattuizioni penetrano nei sistemi di tutto il mondo attraverso la circolazione dei contratti internazionali in cui esse sono spesso previste. Conseguentemente, in chiave speculativa, occorre verificare quali siano le funzioni della clausola in discorso allorché le parti scelgano la disciplina legale italiana come applicabile al contratto.

Oggetto del presente capitolo è dunque l'analisi dell'effetto delle clausole di *sole remedy* nell'ambito del contratto di acquisizione di partecipazioni azionarie, al fine di comprendere quali siano, in concreto, i rimedi esclusi dalla pattuizione in commento nonché i limiti dell'autonomia privata nel derogare alla disciplina codicistica sui rimedi sinallagmatici. Tutto ciò, al fine di sottoporre tali patti al vaglio di compatibilità con le norme materiali del diritto italiano ⁽³⁰⁶⁾.

2. La clausola di *sole remedy*.

Come già si è avuto occasione di notare, per l'alienazione di pacchetti azionari di controllo non è prevista in Italia una disciplina positiva *ad hoc*.

Le norme in materia di compravendita non appaiono in realtà compatibili con il tema che qui interessa, per effetto delle numerose peculiarità che caratterizzano la cessione di partecipazioni societarie.

Ciò ha reso necessario importare dalle esperienze straniere modelli e tecniche negoziali per garantire all'acquirente l'effettiva consistenza

⁽³⁰⁵⁾ Con riferimento alla possibilità di rinvenire punti di contatto tra la disciplina italiana e quella inglese sulle clausole di esonero da responsabilità, cfr. *supra* cap. III, §§ 5 ss., pagg. 85 ss..

⁽³⁰⁶⁾ G. DE NOVA, *Il contratto alieno e le norme materiali*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 29.

patrimoniale e la redditività della società oggetto di acquisizione. E così hanno fatto ingresso nell'ordinamento nazionale le lettere di *patronage*, la *due diligence*, l'*escrow* ⁽³⁰⁷⁾, e tutti gli altri istituti che realizzano una sorta di procedimentalizzazione dello scambio, e che allontanano sempre più il *sale and purchase agreement* dallo schema codicistico della compravendita, tipicamente connotata dalla efficacia reale ⁽³⁰⁸⁾.

In questa prospettiva, tuttavia, da tempo la dottrina e la giurisprudenza italiane sono concordi nel ritenere *ex lege* sostanzialmente privo di tutela il compratore delle azioni nelle ipotesi in cui il patrimonio sociale rivelasse una consistenza inferiore rispetto a quella sulla quale lo stesso acquirente aveva fatto affidamento. Questa situazione ha fatto sorgere la necessità per il *buyer* di ricorrere alla previsione di espresse clausole di garanzia sulle caratteristiche del patrimonio sociale della *target*, al fine di configurare convenzionalmente un adeguato livello di tutela dei propri interessi e diritti ⁽³⁰⁹⁾.

Così, nella contrattualistica odierna, i consulenti delle parti sono soliti redigere elaborati *sale and purchase agreement* in cui da un lato disciplinano *expressis verbis* le garanzie che il venditore dà al compratore sull'esistenza o la consistenza di un certo netto patrimoniale ovvero delle singole poste dell'attivo e del passivo della *target* (c.d. *business warranties*) ⁽³¹⁰⁾, nonché sulle caratteristiche e le qualità delle azioni compraven-

⁽³⁰⁷⁾ Per un'analisi dell'*escrow agreement*, cfr. E. PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari*, cit., 289, secondo cui lo stesso consisterebbe nel “*deposito, con funzione di garanzia, della somma dovuta a titolo di prezzo presso un soggetto fiduciario (ad esempio, una banca o una società di servizi specializzata), con mandato congiuntamente conferito al depositario di trasferire successivamente all'avente diritto tranches del prezzo, secondo scadenze, misure e modalità via via concordate dalle parti e comunicate al mandatario*”. Sul punto, cfr. anche V. SANGIOVANNI, *Il contratto di escrow nella compravendita di partecipazioni sociali*, in *Contr.*, 2, 2012, 195 s.; L.G. PICONE, *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, cit., 122; A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 513.

⁽³⁰⁸⁾ Cfr. N. MUCCIOLI, *Vizi della volontà, buona fede e presupposizione nell'alienazione di partecipazioni sociali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 195; nello stesso senso, G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., 2 s.; per la riconducibilità del *sale and purchase agreement* al contratto di compravendita è, invece, V. SANGIOVANNI, *Compravendita di partecipazione sociale e garanzie del venditore*, cit., 203.

⁽³⁰⁹⁾ F. BONELLI, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore*, cit., 293.

⁽³¹⁰⁾ P. DI MARIA, *Rimedi e garanzie a tutela dell'acquirente di partecipazioni in società di capitali*, in *Not.*, 5, 1999, 467 ss..

dute (c.d. *legal warranties*); e, dall'altro lato, prevedono esplicitamente gli indennizzi che il venditore deve corrispondere al compratore in caso di violazione delle *representations and warranties* ⁽³¹¹⁾.

La prassi contrattuale è quindi nel senso di predisporre una disciplina completa dei rimedi a disposizione del compratore, attraverso l'inserimento nel contratto di trasferimento di svariate tipologie di pattuizioni sulla sussistenza, la composizione e le caratteristiche del patrimonio sociale, indicando i tempi entro cui far valere le diverse garanzie, nonché i rimedi e gli indennizzi a disposizione del compratore.

Si tratta di una complessa regolamentazione del tutto diversa da quella di cui agli artt. 1490 ss. cod. civ.. Diversità che attiene alla fonte, che nel caso di specie è convenzionale e non legale; all'oggetto stesso delle garanzie, rappresentato dal patrimonio sociale e non dalle azioni oggetto di compravendita; nonché all'ambito di applicazione della disciplina nel suo complesso, che non si limita a stabilire i limiti temporali entro cui il compratore deve far valere i suoi diritti, ma definisce tutti gli effetti e le conseguenze delle garanzie, compresi i rimedi azionabili in caso di violazione delle stesse.

Si comprende, pertanto, come si tratti di una disciplina che non può certo ricadere, né può essere confusa, con quella degli artt. 1497 e 1495 cod. civ.. Ciò è tanto più vero ove si consideri che nei contratti in argomento è molto spesso presente la clausola di *sole remedy*, la quale dispone che i rimedi previsti e disciplinati nella parte del contratto dedicata agli «indennizzi», sostituisce ed esclude l'applicabilità di ogni altro diritto e rimedio previsto dalla legge, in relazione a qualsiasi violazione delle garanzie e di altre obbligazioni contenute nel contratto.

La clausola di rimedio esclusivo ha notevole importanza: sia a livello pratico, in quanto esclude il diritto del compratore di avvalersi dei

⁽³¹¹⁾ F. BONELLI, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore*, cit., 302: “La negoziazione delle clausole di garanzia e di indennizzo spesso impegna le parti e i relativi consulenti in lunghe trattative, che è frequente finiscano con produrre contratti di notevole e ponderosa voluminosità, con innumerevoli allegati”.

rimedi legali, in caso di violazioni del venditore; sia a livello teorico, giacché aiuta l'interprete a dare una corretta qualificazione giuridica alle garanzie prestate dal venditore, facendo presente in modo inequivocabile che le parti hanno certamente voluto escludere l'applicabilità dei brevi termini di decadenza e prescrizione dell'art. 1495 cod. civ. ⁽³¹²⁾.

Come si è avuto modo di chiarire ⁽³¹³⁾, infatti, le ragioni che inducono i contraenti a optare per la riparazione monetaria del pregiudizio come rimedio esclusivo in caso di *breach of contract* possono essere molteplici e differiscono a seconda del tipo di contratto che le parti intendono stipulare ⁽³¹⁴⁾. Al riguardo, è sufficiente ricordare che la scelta può dipendere dalla complessità della transazione commerciale che ci si appresta a realizzare, e dalla conseguente eventuale difficoltà di calcolare in concreto il danno risarcibile ⁽³¹⁵⁾; ovvero dalla volontà di evitare che il contratto sia fonte di controversie sull'azionabilità dei rimedi previsti di *default* in caso di inadempimento; oppure, ancora, dall'interesse delle parti a confezionare contratti "bloccati", e cioè stabili pur a fronte di inadempimenti di uno dei contraenti ⁽³¹⁶⁾.

Per quanto concerne il trasferimento di partecipazioni sociali di controllo, la principale esigenza avvertita dai contraenti è di evitare il ricorso ai rimedi negativi che appaiono tendenzialmente inopportuni nel caso di specie, in cui la dinamica imprenditoriale e l'intervallo temporale

⁽³¹²⁾ Per un esame della recente proposta di legge n. 1610, presentata alla Camera dei Deputati il 20 settembre 2013, e finalizzata alla "Introduzione della sezione IV-bis del capo I del titolo III del libro quarto del codice civile", in tema di termini di prescrizione delle garanzie legali nei contratti di acquisizione di aziende e delle garanzie negoziali prestate nei contratti di acquisizione di partecipazioni sociali, cfr. M. SPERANZIN - A. TINA, *Una recente proposta legislativa in tema di trasferimento di aziende e di partecipazioni sociali*, in *Soc.*, 3, 2014, 261; in giurisprudenza, cfr. Cass., 24 luglio 2014, n. 16963, allo stato parzialmente pubblicata in *Giur. it.*, 2014, 2406 ss., con nota di G. Iorio.

⁽³¹³⁾ Cfr. *supra* cap. III, § 3, pagg. 77 ss..

⁽³¹⁴⁾ La maggior parte dei contratti immobiliari, ad esempio, prevede espressamente che in caso di inadempimento il rimedio esclusivo del venditore sia quello pecuniario determinato nella *liquidated damages clause* e già ricevuto da una parte a titolo di caparra.

⁽³¹⁵⁾ C. CIRCO - C. LITTLE, *A State-by-state Guide to Construction & Design Law: Current Statutes and Practices*, 2nd ed., American Bar Association, 2011, 157: "*Liquidated damages clauses are an exclusive remedy. Whatever amount is agreed to within the contract is the amount that will be enforced if a breach is found. This is so because a liquidated damages clause is utilized when actual damages are too difficult to prove or calculate*".

⁽³¹⁶⁾ Così, F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 13.

trascorso dalla stipulazione possono produrre così profonde modificazioni nella situazione di fatto da rendere impossibili o almeno praticamente incongrue le restituzioni che conseguirebbero alla risoluzione ⁽³¹⁷⁾.

Pertanto, in varie clausole del contratto acquirente e venditore tendono a escludere espressamente rimedi che il diritto applicabile (nel nostro caso, quello italiano) consente loro di esercitare, stabilendo che il diritto all'indennizzo previsto per la violazione delle *representations and warranties* rappresenti il rimedio esclusivo e sostitutivo di tutti quelli fondati sul diritto applicabile relativi all'inadempimento ⁽³¹⁸⁾. Non solo, ma anche nella successiva azione di indennizzo che egli esercitasse contro il venditore, l'acquirente non potrebbe ottenere più del massimale di responsabilità pattuito nel contratto, massimale che può in certi casi essere nettamente inferiore al danno subito dal compratore ⁽³¹⁹⁾.

Questa, in particolare, è una delle formulazioni più comuni della clausola di *sole remedy*:

⁽³¹⁷⁾ C. D'ALESSANDRO, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, cit., 123, secondo cui, in buona sostanza, si tratterebbe “dello stesso principio e della stessa esigenza sottesa alla regola dettata all'art. 1492, comma terzo, del nostro codice civile, regola che preclude la risoluzione quando la cosa trasferita è stata distrutta o trasformata”.

⁽³¹⁸⁾ Cfr. G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., 204: “In caso di inadempimento di una delle parti, oltre ad escludere in radice la possibilità di risolvere il contratto (cd. clausola di irrisolubilità), l'intervento dell'autonomia potrebbe orientarsi, in senso diametralmente opposto rendendo esclusiva la tutela risolutoria, e quindi precludendo al contraente deluso di agire per l'adempimento”.

⁽³¹⁹⁾ J.M. KLOTZ, *International Sales Agreements: an Annotated Drafting and Negotiating Guide*, 2nd ed., 2008, 239: “The clause should indicate that [the liquidated damages clause] is the exclusive remedy of the buyer, such that the buyer cannot collect twice for the same damage”. Cfr. anche J. BAILEY, *Construction Law*, 2014, London, 1025: “Where contracting parties agree that liquidated damages are to be payable upon the occurrence of a breach of contract, it is usually the case that the parties intended (or are presumed to have intended) that the innocent's party's sole monetary remedy for the type of breach of contract is to be limited to the liquidated damages recoverable (...) Generally speaking, in the case of contractor delay liquidated damages will be an exclusive remedy for late completion. The whole point of having a liquidated damages provision in a contract is to avoid any inquiry as to general damages, and to give the parties certainty as to the extent of their respective rights and obligations in the event of a breach of contract. The effect of the owner being entitled to recover liquidated damages for delay completion is therefore usually to prevent the owner from recovering general damages for late completion (and thereby to obviate the need for evidence to be led as to general damages), even if its general damages are greatly in excess of to the applicable liquidated damages”; nella case law inglese cfr. i casi *Cellulose Acetate Silk Company Ltd v. Widnes Foundry* (1925 Ltd [1933] AC 20 (HLE)); *Silent Vector Pty Ltd v. Squarcini* [2008] WASCA 157 at [35]; *Lowe Peers* (1978) 4 Burr 2225 [98 ER 160], in cui Lord Mansfield affermò: “Where the precise sum is fixed and agreed upon between the parties, that very sum is the ascertained damage, and the jury are confined to it”.

«The rights and remedies provided in this article shall be exclusive and in lieu of any other right, action, defense, claim or remedy of the Buyer, provided by applicable Law or otherwise, however arising in connection with, or by virtue of, any breach of the representations, warranties, undertakings and covenants of the Seller contained in this Agreement. In particular, but without limitation, the Buyer shall not have any right to terminate (risolvere), annul (annullare) or rescind (rescindere) this Agreement or to refuse to effect the Closing or to start the actions set forth in the articles 1492, 1494 and 1497 of the Italian Civil Code» ⁽³²⁰⁾.

Se si applicasse la clausola alla lettera, il compratore di azioni o quote avrebbe diritto solo a un indennizzo, anche se, ad esempio, tra la firma del contratto e il *closing* avesse accertato che le garanzie rilasciate dal venditore erano false; in questa ipotesi, invero, anche ove potesse provare il dolo e i raggiri del venditore, dovrebbe senz'altro procedere all'acquisto delle azioni e al pagamento del prezzo. Tutto ciò, in quanto la clausola di *sole remedy*, per come formulata, parrebbe impedire l'esperimento dell'azione di esatto adempimento e dell'eccezione di inadempimento; nonché della risoluzione e dell'azione di annullamento del contratto, ovvero delle garanzie per vizi e mancanza di qualità.

E' immediato chiedersi, perciò, se nell'ottica del diritto italiano l'autonomia privata possa spingersi fino a escludere tutti i rimedi, ablativi e manutentivi, indicati nella pattuizione e previsti dall'ordinamento a

⁽³²⁰⁾ G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., 262 s. E' bene precisare che le *exclusive remedy clauses* rappresentano un'eccezione rispetto al principio secondo cui, salvo patto contrario, i rimedi contrattuali sono cumulativi; in questo senso, cfr. R. MANN - B. ROBERTS, *Essentials of Business Law and the Legal Environment*, 11th ed., 409: "A contractual remedy is optional, however, unless the parties expressly agree that it is to be exclusive of other remedies, in which event it becomes the sole remedy. Moreover, when circumstances cause an exclusive or limited remedy to fail in its essential purpose, the parties may resort to the remedies provided by the Code. The contract may expressly limit or exclude consequential damages unless such limitation or exclusion would be unconscionable". Per un approfondimento sui vantaggi derivanti dalla scelta di rimedi cumulativi nel *common law*, cfr. R. AVRAHAM - Z. LIU, *Incomplete Contracts with Asymmetric Information: Exclusive Versus Optional Remedies*, in *American Law and Economics Review* V8 N3 2006 (524).

tutela del contraente in presenza di anomalie, genetiche e funzionali, del sinallagma contrattuale.

3. I rimedi mantenutivi esclusi dalla clausola di *sole remedy*: a) l'azione di esatto adempimento.

Prendendo le mosse dall'azione di esatto adempimento, è noto che nei contratti a prestazioni corrispettive, quando un contraente manca alle proprie obbligazioni, l'art. 1453 cod. civ. prevede che la controparte abbia la facoltà di scegliere se insistere per ottenere l'adempimento degli accordi, oppure richiedere la risoluzione del contratto ⁽³²¹⁾.

Con riferimento alla prima di queste due ipotesi, è stato osservato che, in termini generali, l'esecuzione in forma specifica della prestazione costituisce la finalità immediata perseguita dalle parti, nonché il dover essere la cui realizzazione l'ordinamento pone a contenuto del vincolo obbligatorio ⁽³²²⁾. Ciò nondimeno, è immediato verificare come lo stesso Codice civile ne consenta l'esclusione in via convenzionale.

Pur senza dilungarsi sul punto, ci si limita qui a osservare che la dottrina più recente ravvisa nell'art. 2932 cod. civ. la conferma del carattere derogabile dell'azione di esatto adempimento, nella misura in cui tale norma consente espressamente l'esclusione dell'azione finalizzata alla esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto ⁽³²³⁾. Sicché, non vi sarebbero dubbi circa la possibilità di escludere il potere della parte non inadempiente di scegliere tra risoluzione ed esecuzione del contratto, in favore del primo soltanto dei due rimedi ⁽³²⁴⁾.

⁽³²¹⁾ Oltre, naturalmente, al risarcimento del danno.

⁽³²²⁾ F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 47.

⁽³²³⁾ Cfr. G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, 48; A. SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982, 216.

⁽³²⁴⁾ Cfr. ancora F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 14 s., secondo cui "La coppia di rimedi, antagonisti, azione di risoluzione - azione di adempimento consente al contraente fedele diverse opzioni quanto alla composizione qualitativa del proprio (ed altrui) patrimonio, mentre l'azione di risarcimento del danno opera sul distinto piano dell'ammontare quantitativo del patrimonio dell'attore. In altri termini, con la scelta tra l'azione di risoluzione e quella di manutenzione, l'attore

Ne risulta che non sembrano porsi problemi, dal punto di vista del diritto italiano, in ordine alla legittimità della pattuizione contenuta nel *sale and purchase agreement* con cui le parti intendano escludere il diritto di una di esse di richiedere una condanna del venditore all'esecuzione specifica delle obbligazioni derivanti dal contratto.

La soluzione risulterebbe confermata analizzando la natura e le funzioni delle garanzie convenzionali contenute nel contratto di acquisizione di partecipazioni azionarie.

E' noto, infatti, che le *representations and warranties* sono un istituto di diritto anglosassone, e che l'interprete italiano – volendo riqualificare le norme del *sale and purchase agreement* secondo le categorie giuridiche del diritto italiano scelto come legge applicabile al contratto – può concepirle in due modi assai differenti tra loro.

Il primo di questi è ritenere che attraverso la loro stipulazione il *seller* assuma una specifica obbligazione, la cui violazione darebbe così luogo a un vero e proprio inadempimento contrattuale. In quest'ottica, in caso di violazione di una garanzia convenzionale, non sarebbe semplice configurare il contenuto di un'eventuale domanda di adempimento: da un lato, per la difficoltà di stabilire il perimetro dell'obbligazione rimasta inadempita; e dall'altro lato, in quanto l'esecuzione della prestazione promessa (ossia, ad esempio, la veridicità di una circostanza rappresentata) potrebbe essersi resa irreversibilmente impossibile ovvero eccessivamente onerosa per la parte tenuta a garantirla, in seguito al verificarsi di un determinato evento.

Sotto ulteriore profilo, potrebbe sostenersi che le clausole di garanzia prestate dall'alienante delle partecipazioni altro non siano se non un meccanismo di assunzione e allocazione di determinati rischi contrattuali, emancipandosi così dalla logica dell'inadempimento vero e proprio. Seguendo questa direttrice, il venditore non prometterebbe che la so-

manifesta una scelta, contraria o favorevole, a conservare l'assetto qualitativo che tramite il contratto ha ricevuto il proprio patrimonio, ossia la nuova composizione di (diritti rispetto a) beni o prestazioni di cui esso consta per effetto del vincolo giuridico”.

pravvenienza non si verifichi, ma solo di essere pronto a corrispondere un importo in denaro nell'ipotesi in cui la sopravvenienza effettivamente fosse accertata dal *buyer*.

Muovendosi, così, dalla premessa della natura assicurativa delle garanzie in discorso, non sussisterebbe alcuna possibilità di pretendere dal garante l'adempimento dell'obbligo – da lui mai assunta – di evitare che il compratore o la società siano colpiti dalla realizzazione del rischio assicurato ⁽³²⁵⁾.

Le considerazioni svolte convergono a dimostrare che, indipendentemente dalla logica con la quale si intendano concepire le *representations and warranties*, sotto il profilo pratico sarebbe comunque difficoltoso provare a configurare una azione di esatto adempimento in conseguenza della violazione delle clausole di garanzia. Tanto più che l'esperimento dell'azione in questione può, in concreto, ben risultare incompatibile con la volontà dei contraenti, i quali possono aver deciso di allocare un determinato rischio contrattuale in capo a uno di essi, senza obbligare la parte inadempiente a garantire la prestazione originariamente promessa, ma consentendone viceversa la liberazione mediante il semplice pagamento di una somma di denaro: l'*indemnity*.

Poiché l'attenzione qui è mirata sulla esclusione dei rimedi demolitori e non sull'azione di manutenzione del contratto, sul punto non diremo di più. Resta acquisito, però, che nessun dubbio può sorgere in merito al diritto delle parti, per diritto italiano, di escludere nel *sale and purchase agreement* l'azione di adempimento.

4. (Segue): b) l'eccezione di inadempimento.

⁽³²⁵⁾ C. D'ALESSANDRO, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, cit., 225; sul punto, cfr. anche L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, 22, il quale, riflettendo sul problema, osservò che: "ciò che [non] esiste o ciò che non potrà esistere non è materia di obbligazione, non è suscettibile di rivestire la forma del dovere".

Il secondo rimedio positivo che le parti sono solite escludere attraverso la previsione di una *sole remedy clause* è la eccezione di inadempimento *ex art. 1460 cod. civ.* che, come noto, è il rimedio dilatorio mediante il quale, nei contratti a prestazioni corrispettive, un contraente ha la facoltà di rifiutare l'esecuzione della propria prestazione, se l'altra parte non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente quanto da essa dovuto (art. 1461 cod. civ.).

Se la clausola di *sole remedy* non vi fosse, per diritto italiano potrebbe astrattamente realizzarsi la seguente fattispecie. Al verificarsi dell'inadempimento del *seller* nel periodo intercorrente tra la data del *signing* e quella prevista per il *closing*, il compratore potrebbe rifiutare di eseguire la prestazione promessa (l'attuazione del *closing* e il pagamento del *purchase price*) ovvero sospenderla o soltanto ritardarla – sostenendo che le sue aspettative sono andate deluse per colpa del venditore – facendo valere l'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 cod. civ. ⁽³²⁶⁾.

Tuttavia, nell'ipotesi prospettata le parti hanno pattuito una clausola di rimedio esclusivo, mediante la quale hanno espressamente impedito, *inter alia*, la possibilità per il compratore di sollevare l'eccezione di inadempimento; per questa ragione, l'acquirente non potrà in alcun modo sottrarsi di procedere all'esecuzione del *closing* in caso di violazione delle garanzie prestate dal *seller*, giacché il rimedio dilatorio in questione sarebbe stato escluso espressamente con la stipulazione della *sole remedy clause*.

Viene naturale domandarsi, allora, se anche tale esclusione sia legittima alla luce del diritto italiano.

Senza poter approfondire in questa sede la disamina della disciplina in tema di eccezione di inadempimento, ai fini che qui interessano ci si limita a ricordare che, nel nostro ordinamento, la clausola che riduca

⁽³²⁶⁾ Il discorso vale analogamente per la previsione secondo cui l'acquirente “*shall not (...) refuse to effect the Closing*”.

l'esperibilità di tale rimedio da parte del contraente fedele può essere valida a determinate condizioni.

E' noto, infatti, che in linea di principio la legge riconosce l'ammissibilità della clausola c.d. *solve et repete* prevista dall'art. 1462 cod. civ., la cui efficacia è però espressamente esclusa dal secondo comma della medesima disposizione per le eccezioni di nullità, annullabilità e rescissione. Ciò significa, a contrario, che la sua efficacia deve ritenersi ammessa per le altre eccezioni, come appunto quella di inadempimento; e che la clausola di *sole remedy* che limiti o escluda il potere di rifiuto disposto dall'art. 1460 cod. civ. deve considerarsi valida per la legge italiana.

5. I rimedi demolitori: a) l'esclusione delle azioni di annullabilità e rescissione del contratto.

Come si è accennato in precedenza, i rimedi demolitori, la cui conseguenza consiste nella caducazione degli effetti del contratto, rappresentano un rimedio poco adatto alle esigenze dei soggetti coinvolti nelle operazioni di acquisizione. E' noto, infatti, che di norma l'interesse del *buyer* non è azzerare l'intera operazione, ma riportare, grazie all'*indemnity*, il prezzo della *target* al valore che avrebbe dovuto pagare se la situazione rappresentata fosse stata veritiera ⁽³²⁷⁾.

E' questa la ragione per cui, in caso di violazione delle garanzie contrattuali da parte del venditore, la clausola di *sole remedy* mira a impedire l'azionabilità di rimedi come la risoluzione, l'annullabilità e la re-

⁽³²⁷⁾ G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., 213; si sottolinea, inoltre, che secondo l'autore "non è sicuro che questo consentirebbe al buyer di non procedere al closing; si potrebbe infatti sostenere che il buyer dovrebbe comunque pagare e acquistare la partecipazione e solo poi il giudice dirà se il contratto sia o meno valido; notificando l'atto di citazione il buyer non sarebbe liberato dalle obbligazioni contrattuali".

scissione del contratto, previste dalla disciplina sul contratto o per la compravendita in generale ⁽³²⁸⁾).

Tralasciando per un momento le questioni relative alla esclusione della risoluzione per inadempimento, sulle quali si tornerà tra breve (cfr. *infra* § 7, pagg. 122 ss.), quanto all'annullabilità ⁽³²⁹⁾, si pensi al caso in cui il valore delle partecipazioni sociali che il *buyer* si è impegnato ad acquistare, nel periodo ricompreso tra il *signing* e il *closing* risulti essere notevolmente inferiore rispetto al prezzo pattuito per il trasferimento dei titoli. E si immagini altresì che, perciò, il cessionario decida di chiedere l'annullamento del *sale and purchase agreement* per vizio del consenso determinato da errore essenziale riconoscibile sul valore del bene acquistato e le qualità delle azioni acquisite, asserendo, in proposito, che l'ignoranza dell'esposizione debitoria della *target* avrebbe alterato in maniera rilevante il proprio consenso ⁽³³⁰⁾.

Sotto altro profilo, si consideri ora l'ulteriore ipotesi in cui il *seller* abbia consapevolmente fornito all'acquirente informazioni non corrispondenti al vero sulla situazione patrimoniale della società, o abbia altrimenti artatamente taciuto informazioni determinanti per la prestazione

⁽³²⁸⁾ V. SANGIOVANNI, *Contratto di cessione di partecipazione sociale e clausole sul prezzo*, cit., 1172: "Nella prassi dei contratti di acquisizione è comune prevedere, per il caso di violazione delle garanzie contrattuali, il solo obbligo di risarcire il danno patito dall'acquirente. Vi è in contratto, normalmente, una clausola che esclude l'azionabilità di rimedi diversi da quello del risarcimento, escludendo in particolare la possibilità di ottenere la risoluzione del contratto e il suo annullamento. La clausola con cui si ottiene questo risultato prende il nome di *sole and exclusive remedy* (rimedio esclusivo): il contratto di acquisizione, dopo avere elencato quali sono le garanzie offerte dal venditore e avere stabilito che in caso di loro violazione spetta il risarcimento del danno, prevede che l'acquirente non possa far valere alcun altro rimedio".

⁽³²⁹⁾ In materia di annullamento del contratto di compravendita di partecipazioni societarie cfr. N. MUCCIOLI, *Vizi della volontà, buona fede e presupposizione nell'alienazione di partecipazioni sociali*, cit., 193 ss.; F. PARMEGGIANI, *In tema di annullabilità della compravendita di azioni*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 1185 ss.; A. TINA, *Trasferimento di partecipazioni societarie e annullamento del contratto*, ibidem, 110 ss.

⁽³³⁰⁾ V. SANGIOVANNI, *Contratto di cessione di partecipazione sociale e clausole sul prezzo*, cit., 1171, il quale precisa che "l'errore più significativo, nella prassi, è proprio quello che concerne la situazione economico-finanziaria della società bersaglio. Siccome l'acquirente della partecipazione sociale paga un prezzo che esprime, in primo luogo, il patrimonio netto della società e, in secondo luogo, un "premio" per l'opportunità di godere in futuro degli utili prodotti (oltre che per il conseguimento della maggioranza), la situazione economico-finanziaria della società è il dato di partenza che serve al compratore per calcolare il prezzo della partecipazione. In questo contesto si possono verificare degli errori, tali da alterare la libera prestazione del consenso dell'acquirente".

del consenso dell'acquirente ⁽³³¹⁾. Anche in questo caso, il *buyer* potrebbe proporre azione di annullamento del contratto per dolo, con conseguente condanna del venditore alla restituzione del prezzo percepito per la cessione delle partecipazioni alienate, oltre al risarcimento dei danni ⁽³³²⁾.

Al di là degli orientamenti giurisprudenziali in tema di errore nell'ambito del *sale and purchase agreement*, secondo cui non costituisce errore essenziale, ai fini dell'annullabilità del contratto, il mero errore sul valore della partecipazione ⁽³³³⁾; e prescindendo dalle difficoltà probatorie che – specie nell'ipotesi di acquisizione di partecipazioni societarie – l'attore incontrerebbe nel dimostrare la sussistenza del dolo ⁽³³⁴⁾, si è

⁽³³¹⁾ Sul punto, cfr. Cass., 12 gennaio 1991, n. 257, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce «Contratto in genere», n. 355, con cui la Suprema Corte ha stabilito che «Il dolo quale causa di annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1439 c.c., può consistere tanto nell'ingannare con notizie false, con parole o con fatti la parte interessata, direttamente o per mezzo di terzi (dolo commissivo), quanto nel nascondere alla conoscenza altrui, col silenzio o con la reticenza, fatti o circostanze decisive (dolo omissivo). Tuttavia, nell'un caso e nell'altro, gli artifici o i raggiri, la reticenza o il silenzio, devono essere valutati in relazione alle particolari circostanze di fatto e alle qualità e condizioni soggettive dell'altra parte onde stabilire se erano idonei a sorprendere una persona di normale diligenza, giacché l'affidamento non può ricevere tutela giuridica se fondato sulla negligenza».

⁽³³²⁾ Si tralasciano le ipotesi di annullamento per violenza, che certamente nessun punto di contatto presentano con la fattispecie dei contratti di acquisto di partecipazioni sociali.

⁽³³³⁾ Sul punto, è da tempo consolidato in giurisprudenza il principio secondo cui non costituisce errore essenziale idoneo a dare luogo ad annullabilità il mero errore sul valore della partecipazione. Questo errore, invero, è considerato irrilevante perché attinente alla sola convenienza economica del negozio giuridico, in quanto il semplice carattere svantaggioso di un affare non consente di per sé di determinare l'invalidità del contratto; e ciò, in particolar modo, quando il deprezzamento del bene oggetto della prestazione non è dovuto a un difetto intrinseco della cosa, bensì a fattori esterni; queste considerazioni appaiono tanto più valide con riferimento al caso del trasferimento di partecipazioni azionarie, caratterizzate dalla estrema variabilità del valore del titolo; sicché, in queste ipotesi appare ragionevole escludere la possibilità per il compratore di richiedere l'annullamento del contratto per ragioni attinenti al valore della partecipazione acquistata, in quanto con ciò si ammetterebbe l'annullabilità della vendita delle azioni per qualsiasi ragione afferente a qualsiasi differenza di valore, così legittimando la stragrande maggioranza dei contraenti insoddisfatti a sostenere l'inefficacia di quanto stipulato in dottrina, cfr. F. PARMEGGIANI, *In tema di annullabilità della compravendita di azioni*, cit., 1186 ss..

⁽³³⁴⁾ In questo senso, non va trascurato che nella prassi risulta difficile riuscire a ottenere l'annullamento del contratto per le difficoltà di provare il dolo del cedente; a questo riguardo, è stato osservato che anche il semplice mendacio o le omissioni sulla situazione patrimoniale della società possano costituire *dolus malus* se accompagnati «da malizie e astuzie volte a realizzare l'inganno voluto»; in dottrina, cfr. A. TINA, *Trasferimento di partecipazioni societarie e annullamento del contratto*, cit., 232; nonché F. PARMEGGIANI, *In tema di annullabilità della compravendita di azioni*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 1186. In giurisprudenza, si vedano Cass., 12 giugno 2008, n. 15706, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*, la quale ha ritenuto che non fosse stata fornita la prova che il venditore della partecipazione avesse dato informazioni false all'acquirente, rigettando pertanto la domanda di annullamento del contratto per dolo. Un ragionamento simile vale per il dolo incidente, che legittimerebbe non tanto l'annullamento del contratto quanto piuttosto il risarcimento del danno (art. 1440 cod. civ.); nonché Cass., 19 luglio 2007, n.16031, in *Giur. comm.*, 2008, II, 103 ss., con nota di A. Tina; *ibidem*, 1176 ss., con nota di F. PARMEGGIANI.

però posta come premessa la circostanza che le parti abbiano preventivamente scelto l'indennizzo quale l'unico rimedio a disposizione delle parti in caso di violazione della *representations and warranties*. Occorre perciò domandarsi se i contraenti di un *sale and purchase agreement* retto dal diritto italiano possano validamente impedire l'esperibilità dell'azione di annullamento.

La risposta al quesito deve essere senza dubbio negativa.

E' evidente, infatti, che in conformità dell'art. 1444 cod. civ. una rinuncia convenzionale all'azione di annullamento del contratto risulterebbe nulla, non solo e non tanto perché la convalida di un contratto annullabile non può intervenire in via anticipata e preventiva rispetto alla conoscenza del vizio; quanto perché una simile rinuncia contrasterebbe con la previsione di cui all'art. 1462 cod. civ., che non consente all'autonomia privata di limitare le eccezioni di nullità, annullamento e rescissione del contratto ⁽³³⁵⁾.

D'altro canto, lo stesso discorso vale anche per l'azione di rescissione per lesione di cui all'art. 1447 cod. civ..

La *ratio* della scelta legislativa si fonda sulla impossibilità, da parte del legislatore, di tollerare l'esecuzione di un contratto rescindibile, perché concluso grazie all'approfittamento della situazione di pericolo o dello stato di bisogno della controparte, e perciò considerato particolarmente "odioso" per l'ordinamento ⁽³³⁶⁾.

Ne deriva che anche l'esclusione di questo rimedio deve considerarsi incompatibile con il diritto italiano, sebbene – è appena il caso di

GIANI, in *Giur. it.*, 2008, 365 ss., con nota di L. RENNA, ha affermato che le false o omesse indicazioni di fatti possono comportare l'obbligo per il contraente mendace o reticente di risarcire il danno, ove la controparte si sarebbe comunque determinata a concludere l'affare ma a condizioni diverse; da ultimo, nel senso dell'astratta possibilità di configurare l'impugnazione di un *sale and purchase agreement* ex art. 1439 cod. civ., si segnala una recentissima pronuncia di merito: Trib. Milano, 5 gennaio 2015, la cui massima è consultabile sul sito www.giurisprudenzadelleimprese.it.

⁽³³⁵⁾ Cfr. A. MANIACI, *Le clausole di incontestabilità nei contratti di assicurazione*, in AA.VV., *Le clausole a rischio di nullità*, a cura di G. De Nova, Milano, 2009, 83.

⁽³³⁶⁾ Cfr. G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., 217, secondo cui "il seller affermerà di non aver agito con dolo e che comunque non si tratta di un dolo determinante, ma solo incidente per cui in questione non è l'annullamento del contratto ma il risarcimento di un danno".

chiarirlo – l'utilizzo di tale strumento di tutela rappresenti un'ipotesi soltanto teorica nell'ambito del trasferimento di partecipazioni sociali, dato che nella prassi risulterebbe assai difficile provare la lesione *ultra dimidium*; oltre a essere pressoché impossibile dimostrare lo stato di bisogno del compratore al momento della conclusione del *sale and purchase agreement*.

Sulla base di queste considerazioni, può concludersi che nell'ambito delle operazioni di acquisto di partecipazioni azionarie regolate dal diritto italiano, le parti non possono escludere validamente l'azione di annullamento e quella di rescissione.

6. (Segue): b) l'esclusione degli artt. 1492, 1494 e 1497 cod. civ..

La clausola di *sole remedy* sopra richiamata dispone espressamente che sono escluse anche le azioni previste dagli articoli 1492, 1494, 1497 cod. civ., i quali rispettivamente disciplinano: gli effetti della garanzia per i vizi della cosa venduta, che attribuisce all'acquirente la scelta fra la risoluzione del contratto (azione redibitoria) e la sua conservazione, seppure a condizioni differenti (azione estimatoria); l'obbligo risarcitorio a carico del venditore, ove il bene trasferito sia affetto da vizi; e la risoluzione del contratto, allorché la cosa venduta non abbia le qualità promesse.

Ancora una volta, dunque, il *seller* e il *buyer* impediscono l'azionabilità della risoluzione per inadempimento e il risarcimento del danno.

Sul punto non vi è in realtà molto da dire, se non che l'obiettivo della pattuizione, sotto questo profilo, è nuovamente che non vengano applicate al *sale and purchase agreement* le norme del Codice civile e che la disciplina dei rimedi sia quella del contratto in via esclusiva.

Al riguardo, è stato infatti osservato che “chi ha redatto il contratto sembra aver pensato non tanto al coordinamento tra il diritto italiano e il

sale and purchase agreement, ma a escludere il diritto italiano il più possibile; si muove dall'idea che tra legge applicabile al contratto e clausole del contratto vi sia contrapposizione, non coordinamento e congruenza”⁽³³⁷⁾.

7. La risoluzione per inadempimento e la sua esclusione convenzionale.

Con riferimento al diritto delle parti di impedire, mediante la previsione della *sole remedy clause*, la risoluzione del contratto per inadempimento, è bene anzitutto ribadire quanto appena affermato sul tema dell'opportunità dei rimedi negativi nell'ambito del *sale and purchase agreement*. E ciò, sulla base della circostanza appena esaminata secondo cui la declaratoria di risoluzione avrebbe per effetto di porre nel nulla l'operazione di acquisizione.

Per un verso, si è detto come sia improbabile che questo esito fosse la reale volontà delle parti, le quali – se si decidono per la compravendita di una partecipazione – sono generalmente determinate a non tornare sui propri passi. Inoltre, dal momento che la risoluzione del contratto è un rimedio restitutorio, si dovrebbero ricreare la medesime condizioni precedenti l'acquisizione. E attesa la complessità dell'operazione, il rimedio risolutorio è generalmente poco adeguato, giacché le restituzioni richiederebbero tempi lunghi e costi elevati⁽³³⁸⁾.

⁽³³⁷⁾ G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., 220 s..

⁽³³⁸⁾ V. SANGIOVANNI, *Contratto di cessione di partecipazione sociale e clausole sul prezzo*, cit., 1170: “Sotto alcuni profili un completo ripristino della situazione anteriore all'acquisizione può risultare impossibile, dal momento che l'impresa può – nel frattempo – avere subito significative modifiche non più reversibili”; nonché ID., *Compravendita di partecipazione sociale e garanzie del venditore*, cit., 208, in cui l'autore propone un interessante parallelismo con quanto previsto in tema di fusione, dove “il legislatore ha previsto espressamente che l'unico rimedio possibile è quello risarcitorio (art. 2504-quater c.c.) proprio perché la declaratoria d'invalidità della fusione implicherebbe restituzioni che, in realtà complesse come quella societaria, non sono ragionevolmente realizzabili”; in materia di invalidità della fusione, cfr. P. BELTRAMI, *La responsabilità per danni da fusione*, Torino, 2008; V. AFFERNI, *Invalidità della fusione e riforma delle società di capitale*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 189 ss.; A. COLAVOLPE, *In tema di invalidità dell'atto di fusione*, in *Soc.*, 2008, 483 ss.; P. LUCARELLI, *Rapporto di cambio incongruo, invalidità della fusione e rimedi: una relazione ancora da esplorare*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, II, 269 ss.;

A ciò si aggiunga che, allorquando la violazione di una garanzia convenzionale sia il risultato della comparsa di una sopravvenienza contrattuale, ove tale sopravvenienza non fosse dedotta *in obligatione*, ma semplicemente *in condicione*, ossia come fatto generatore dell'obbligo primario di corrispondere l'indennità, allora si deve escludere che il venire in essere della sopravvenienza possa dar luogo a risoluzione del contratto per inadempimento ⁽³³⁹⁾.

Quanto appena affermato merita un approfondimento.

E' stato osservato, infatti, che la tendenziale negazione dei rimedi demolitori non deve essere considerata un inconveniente. Infatti, essa risponde a una precisa scelta dei contraenti, i quali, attraverso la stipulazione della clausola di *indemnity*, hanno dimostrato di ritenere conveniente per i propri interessi il pagamento della somma indicata nella pattuizione. Sicché, l'effetto risolutivo ben di rado si rivela congruo nel genere di affari di cui si tratta, specialmente quando oggetto del contratto sia una partecipazione di controllo.

D'altro canto, non può essere trascurato che le parti restano libere di inserire nel negozio pattuizioni intese a permettere al compratore, in presenza di circostanze di particolare gravità, l'“azzeramento” della vicenda circolatoria ⁽³⁴⁰⁾.

Peraltro, si è chiarito nel corso dei capitoli che precedono (cfr. *supra* cap. II, § 3, pagg. 45 ss.) che il patto di irrisolubilità per inadempimento risponde a esigenze – presenti nella contrattazione individualizzata tra pari – di stabilizzazione del rapporto contrattuale e di conformazione del negozio giuridico in modo idoneo a mantenerne l'efficacia pur a

L. PICONE, *Invalidità della fusione e mezzi di tutela del socio*, in *Soc.*, 1999, 458 ss.; V. SANGIOVANNI, *Invalidità della fusione e risarcimento del danno*, in *Resp. civ.*, 2010, 379 ss..

⁽³³⁹⁾ Così, C. D'ALESSANDRO, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, cit., 225 ss..

⁽³⁴⁰⁾ Così, C. D'ALESSANDRO, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, cit., 225 ss., il quale ricorda che “tra le svariate soluzioni tecniche possibili, ad un contratto preliminare condizionato di retrovendita, ad una opzione put e così via. Una volta di più, peraltro, siffatte ipotesi presentano il vantaggio di poter essere modulate dalle parti sulla misura delle esigenze infinitamente varie del singolo affare e di non restare pertanto soggette alle rigidità del tradizionale modello normativo, pensato con riferimento al caso assai più semplice del trasferimento della singola cosa materiale”.

fronte di patologie della fase esecutiva e senza costituire abuso di una parte sull'altra ⁽³⁴¹⁾. Circostanza da cui deriva la conclusione, che rappresenta ormai un risultato acquisito tra gli autori italiani, secondo cui la validità della clausola in questione andrà misurata sul rispetto dell'art. 1229 cod. civ. e sul mantenimento degli alternativi rimedi dell'azione di manutenzione e di risarcimento ⁽³⁴²⁾.

8. La previsione del risarcimento del danno in via autonoma.

Ciò chiarito, la questione da porsi è, allora, se per diritto italiano il contraente fedele abbia effettivamente la possibilità di promuovere un'azione risarcitoria in via autonoma, senza cioè contemporaneamente promuovere né l'azione di adempimento, né quella di risoluzione.

La risposta al quesito mi sembra vada data in questo modo.

Secondo una considerazione di ordine generale, ogni qualvolta si ritenga sussistente una causa di risolubilità del contratto, al di là della tutela restitutoria, almeno in astratto il contraente che ha subito un pregiudizio dispone anche di una tutela risarcitoria. E così, accanto alla declaratoria di risoluzione ci potrà essere un risarcimento del danno.

A questo riguardo, è stato però osservato che l'art. 1453 cod. civ. sancisce l'autonomia del diritto al risarcimento del danno rispetto alla pronuncia risolutoria o di manutenzione, giacché il legislatore ha scollegato il diritto al risarcimento da ogni pronuncia che riguardi la permanente vitalità del contratto ⁽³⁴³⁾. Tale soluzione andrebbe condivisa, in particolare, per la sua idoneità a rimettere alle parti la decisione sul bene della vita da domandare in relazione alla valutazione dei propri interessi,

⁽³⁴¹⁾ F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 11 ss..

⁽³⁴²⁾ F. DELFINI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 569.

⁽³⁴³⁾ M. AMBROSOLI, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, Milano, 2012, 285; P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., 60 ss; Secondo altra dottrina, tuttavia, questa soluzione darebbe vita ad alterazioni dell'operazione economica originariamente programmata dalle parti che non appaiono convincenti: in questo senso, cfr. A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento. Commento all'1453 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro it., 1990, 130 ss..

rispetto alla quale non sussiste esigenza di carattere generale che deponga in senso differente ⁽³⁴⁴⁾).

Questo orientamento trova altresì conferma in un consolidato orientamento della Suprema Corte, la quale da tempo è ferma nel ritenere che al quesito sopra sollevato si debba dare risposta in senso affermativo. In questa direzione, numerose decisioni hanno statuito che la domanda di risarcimento dei danni per inadempimento contrattuale possa essere proposta congiuntamente o separatamente da quella di risoluzione, in quanto l'art. 1453 cod. civ., facendo salvo «in ogni caso» il risarcimento del danno, esclude che l'azione risarcitoria presupponga necessariamente l'esperimento dell'azione di manutenzione o di risoluzione del contratto ⁽³⁴⁵⁾.

Ne deriva che sarà perciò possibile chiedere soltanto il risarcimento del danno da inadempimento contrattuale ⁽³⁴⁶⁾, senza chiedere la risoluzione ⁽³⁴⁷⁾, anche quando si sia rinunciato all'azione di manutenzione o a quella stessa di risoluzione ⁽³⁴⁸⁾.

⁽³⁴⁴⁾ G. SICCHIERO, *Comm. all'art. 1453 cod. civ.*, cit., 449.

⁽³⁴⁵⁾ Il riferimento è a Cass., 10 giugno 1998, n. 5774, in *Vita not.*, 1999, 1207 (con nota di Iannotta) secondo cui “La domanda di risarcimento dei danni per inadempimento contrattuale può essere proposta congiuntamente o separatamente da quella di risoluzione, giacché l'art. 1453 c.c., facendo salvo in ogni caso il risarcimento del danno, esclude che l'azione risarcitoria presupponga il necessario esperimento dell'azione di risoluzione del contratto”.

⁽³⁴⁶⁾ Cass., 17 gennaio 2003, n. 625, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 122, in cui la S.C. ha stabilito che “La condanna della parte inadempiente al pagamento della penale convenuta non presuppone necessariamente una pronuncia di risoluzione del contratto”.

⁽³⁴⁷⁾ Cass., 9 marzo 2006, n. 5100, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 3: “La domanda di risarcimento dei danni per inadempimento contrattuale può essere proposta congiuntamente o separatamente da quella di risoluzione, poiché l'art. 1453 c.c., facendo salvo, in ogni caso, il diritto al risarcimento, esclude che la relativa azione presupponga il necessario esperimento dell'azione di risoluzione, che costituisce un rimedio a tutela dell'equilibrio sinallagmatico del contratto e non ha funzione accertativa dell'inadempimento, il quale sussiste o meno – con tutte le conseguenze sul piano del diritto al risarcimento del creditore della prestazione inadempita – indipendentemente dall'eventuale pronuncia di risoluzione”.

⁽³⁴⁸⁾ Va subito precisato, tuttavia, che secondo un'autorevole interpretazione (A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, *Comm. agli artt. 1453-1454*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro it., 1990, 128) l'autonomia del diritto al risarcimento del danno non possa essere ammessa indiscriminatamente, dovendo invece essere confinata entro ben precisi limiti; ciò nonostante, per l'oggetto della ricerca è utile considerare che, anche secondo questa impostazione, “nessun dubbio debba essere sollevato in merito all'autonomia dell'azione di risoluzione per l'ipotesi più semplice in cui la prestazione alla quale la parte colpevole è tenuta sia divenuta definitivamente e totalmente impossibile, poiché, in queste ipotesi, l'unica alternativa alla risoluzione del

Tornando a occuparsi del contratto di acquisto di partecipazioni azionarie, ai fini della presente indagine l'ipotesi di riferimento è quella del *buyer* che, in presenza di una *sole remedy clause*, intenda agire per ottenere l'indennizzo previsto dal *sale and purchase agreement*, avendo riscontrato alcune difformità tra la situazione patrimoniale e finanziaria effettiva della *target*, rispetto a quella rappresentata e garantita nel contratto di trasferimento.

In questi casi, infatti, l'acquirente comunicherà alla controparte una c.d. *notice of claim* ⁽³⁴⁹⁾ di tutte le anomalie rilevate e accertate, affinché il *seller* sia obbligato a corrispondere allo stesso compratore, o eventualmente alla società ⁽³⁵⁰⁾, la somma predeterminata nel contratto o, più frequentemente, una somma pari alla sopravvenienza passiva riscontrata in capo alla società ⁽³⁵¹⁾.

Sia che la violazione sia riscontrata in sede di *due diligence*, sia che ciò accada in un momento posteriore al *closing*, in linea di principio non vi sono ostacoli ad ammettere che il *buyer* possa agire per il risarcimento del danno sostitutivo della prestazione mancata ⁽³⁵²⁾. In questo senso, depone direttamente l'art. 1218 cod. civ., con la regola della *perpetuatio obligationis*, in virtù della quale se la prestazione diviene impossibile per una causa imputabile al debitore, questi non è liberato, ma rimane obbligato ad eseguire la prestazione risarcitoria (sostitutiva) ⁽³⁵³⁾.

contratto è rappresentata, per il contraente insoddisfatto, dalla richiesta di danni per mancato conseguimento della attribuzione patrimoniale spettantegli"

⁽³⁴⁹⁾ Le cui modalità e i contenuti sono predeterminati in sede contrattuale, L. PONTI - N. MASETTI, *La vendita garantita delle partecipazioni sociali*, cit., 358.

⁽³⁵⁰⁾ Cfr. *supra* cap. I, § 5, pagg. 25 ss..

⁽³⁵¹⁾ Cfr. A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 485 s..

⁽³⁵²⁾ C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., 328: "La parte non inadempiente può ritenersi ammessa a pretendere l'equivalente del valore della prestazione inadempita quando tale prestazione sia divenuta impossibile ovvero non soddisfi più un apprezzabile interesse ovvero sia certo, per la stessa dichiarazione del debitore, che non sarà eseguita".

⁽³⁵³⁾ Cfr. M. AMBROSOLI, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 280 s., il quale ricorda, inoltre, che "l'inadempimento imputabile, anche ove dia luogo ad un'ipotesi di impossibilità, rimanga governato dall'art. 1453 cod. civ. anziché dall'art. 1463 cod. civ., con la conseguenza che la risoluzione del contratto non si produce automaticamente, ma solo si domanda del contraente fedele. Pertanto non vi è dubbio sul fatto che questi possa agire per ottenere il danno sostitutivo della prestazione mancata. In tal modo, egli può tenere fermo il contratto, evitando di dover riacquistare la prestazione

L'unica differenza è che, mentre nella prima ipotesi, il *buyer* farebbe scattare la prestazione indennitaria cercando così di ottenere uno sconto sul prezzo; nella seconda si tratterebbe di una vera e propria azione risarcitoria, essendo già stata eseguita la prestazione cui il compratore era tenuto, e cioè il pagamento del prezzo.

Ai fini della ricerca, tuttavia, è bene considerare che, secondo una recente interpretazione ⁽³⁵⁴⁾, “situazione profondamente diversa si ha nel caso in cui le stesse parti, al tempo della conclusione del contratto, abbiano pattiziamente conformato i rimedi attuabili in caso di inadempimento, escludendo, ad esempio, la possibilità di richiedere la risoluzione del contratto, limitando la tutela del contraente fedele all'azione per l'adempimento e, alternativamente, a quella risarcitoria; in tale eventualità, la prestazione risarcitoria viene sin dal principio prevista come oggetto di un'alternativa, richiedibile dal contraente fedele”.

Il rimedio risarcitorio finisce, così, per essere reso autonomo dal presupposto dell'impossibilità sopravvenuta (imputabile) della prestazione: e ciò in collegamento con il favore pattizio per la stabilità del vincolo anche nell'eventualità di un suo inadempimento ⁽³⁵⁵⁾.

Ne risulta, a ben guardare, che per diritto italiano non sembra esservi dubbio sul fatto che il contraente fedele possa agire per ottenere il risarcimento del danno sostitutivo della prestazione mancata, al fine di garantire stabilità al rapporto, evitando di dover riacquistare la prestazione da lui già eseguita e ottenendo, in luogo della prestazione dovutagli, un prestazione risarcitoria.

Peraltro, si osserva che questa soluzione sembra essere pienamente in linea oltreché con quanto quotidianamente accade nella prassi negoziale internazionale, anche con quanto previsto dall'art. 7.4.1 dei Principi Unidroit del 2010, rubricato «*Right to damages*», secondo cui “*Any non-*

da lui già eseguita ed ottenerlo, in luogo della prestazione dovutagli e non più possibile, una prestazione risarcitoria”.

⁽³⁵⁴⁾ M. AMBROSOLI, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 288.

⁽³⁵⁵⁾ M. AMBROSOLI, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 288 s..

performance gives the aggrieved party a right to damages either exclusively or in conjunction with any other remedies except where the non-performance is excused under these Principles” ⁽³⁵⁶⁾.

9. Il problema delle restituzioni contrattuali.

Se al *sale and purchase agreement* si applicasse la legge italiana, e se le parti non avessero previsto un regolamento pattizio sulla risoluzione e le restituzioni contrattuali, ove il compratore verificasse che la situazione complessiva della società non è conforme a quella rappresentata e garantita, questi potrebbe agire in giudizio per ottenere la risoluzione del contratto per inadempimento e la condanna del *seller* alla conseguente restituzione del capitale ricevuto dall’acquirente, ai sensi delle regole sulla ripetizione dell’indebito oggettivo di cui all’art. 2033 cod. civ. ⁽³⁵⁷⁾. E’ noto, infatti, che l’attivazione della tutela restitutoria rappresenta l’inevitabile conseguenza di ogni rimedio demolitorio.

A ciò dovrebbe poi aggiungersi l’obbligo restitutorio relativo agli interessi, posto che chi ha eseguito il pagamento rivelatosi non dovuto ha diritto a frutti e interessi dal giorno del pagamento, se chi lo ha ricevuto era in mala fede; oppure dal giorno della domanda giudiziale, se l’*accipiens* era invece in buona fede (art. 2033 cod. civ.) ⁽³⁵⁸⁾.

Insomma, si dovrebbero ricreare le medesime condizioni precedenti all’acquisizione e, attesa la complessità dell’operazione, tutto ciò apparirebbe a dir poco difficoltoso. Le restituzioni richiederebbero infatti tempi lunghi e costi elevati; e già s’è rilevato che, sotto alcuni profili, un

⁽³⁵⁶⁾ Estratto dai Principi dei contratti commerciali internazionali elaborati dalla commissione UNIDROIT, presenti sul sito web www.unidroit.org.

⁽³⁵⁷⁾ Il *buyer*, del resto, sarebbe obbligato a restituire al venditore delle partecipazioni il reddito eventualmente prodotto *medio tempore* dalla *target*.

⁽³⁵⁸⁾ Per non dire, poi, che applicando alla lettera l’art. 2033 cod. civ., può realizzarsi una situazione in cui il *seller* sarebbe tenuto a corrispondere gli interessi sin dal momento del pagamento indebito, in ragione di una sua mala fede in ipotesi dimostrata dal *buyer*; mentre il *buyer* non sarebbe tenuto a restituire gli importi corrispondenti ai redditi prodotti dalla *target* prima della domanda giudiziale, in ragione della sua buona fede.

completo ripristino della situazione anteriore al *signing* potrebbe risultare di fatto impossibile, dal momento che, nel frattempo, l'impresa potrebbe avere subito significative modifiche non più reversibili ⁽³⁵⁹⁾.

Queste ragioni inducono di norma le parti del *sale and purchase agreement* a regolare convenzionalmente l'eventuale fase patologica del negozio ⁽³⁶⁰⁾.

La prassi – ravvisabile nel contratto di acquisizione come del resto in tutti i contratti alieni – è frequente anche nell'ordinamento italiano. Secondo autorevole dottrina, infatti, il contratto può contenere precetti destinati ad avere efficacia anche in un momento successivo alla esecuzione delle prestazioni o al venir meno degli effetti del negozio ⁽³⁶¹⁾.

E così, nel contratto di acquisto di partecipazioni azionarie è frequente la previsione di *survival clauses* ⁽³⁶²⁾, ossia pattuizioni che identifichino le clausole del contratto destinate a sopravvivere al venir meno del medesimo. Tra queste, vi sono anche le clausole con cui le parti disciplinano profili del contratto che attengono alle restituzioni, la cui *ratio* è ancora una volta la necessità di evitare l'applicazione della disciplina legislativa al fine di colmare eventuali lacune contrattuali ⁽³⁶³⁾.

In linea di principio, l'incidenza dell'autonomia privata sulla disciplina legale delle restituzioni contrattuali può essere indiretta oppure diretta. Nel primo caso, i contraenti possono prevedere clausole aventi immediatamente a oggetto la disciplina delle restituzioni. Nel secondo

⁽³⁵⁹⁾ V. SANGIOVANNI, *Compravendita di partecipazione sociale e garanzie del venditore*, cit., 208.

⁽³⁶⁰⁾ La ragione di fondo che spinge i contraenti a stipulare accordi sulle restituzioni contrattuali è la medesima che induce *buyer* e *seller* a convenire clausole di *indemnity* e *sole remedy*.

⁽³⁶¹⁾ G. DE NOVA, *Il contratto e le restituzioni*, in *Le azioni di restituzione da contratto*, a cura di F. Carpi, Milano, 2012, 1.

⁽³⁶²⁾ G. DE NOVA, *Il contratto e le restituzioni*, cit., 1: “E’ noto che il contratto non detta precetti destinati ad avere efficacia soltanto fino a quando le prestazioni oggetto del contratto vengono eseguite, poiché il negozio suole contenere precetti destinati ad avere efficacia in un momento successivo, e cioè anche quando il contratto ha esaurito i suoi effetti tipici ovvero ha perso efficacia. Si parla, in queste ipotesi, di “sopravvivenza” di clausole”.

⁽³⁶³⁾ Tra le altre, si segnalano clausole che indicano il foro competente, clausole compromissorie, clausole sulle garanzie, clausole sulla confidenzialità, clausole sulla protezione della proprietà intellettuale e il divieto di concorrenza, nonché tutte le clausole destinate a regolare gli effetti del venir meno del contratto.

caso, la medesima incidenza può realizzarsi con una clausola di irretroattività oppure mediante un patto di irrisolubilità.

In relazione a quest'ultimo, in particolare, è evidente che nel prevedere che il contratto non potrà essere risolto in caso di inadempimento e che le parti potranno esperire soltanto gli altri rimedi previsti dal legislatore a tutela del sinallagma, di fatto le parti impediscono *tout court* che sorgano obbligazioni restitutorie.

A un più attento esame, quindi, le clausole di irrisolubilità hanno anche l'effetto di escludere in radice che si ponga un problema di restituzione.

10. Le conseguenze della eventuale incompatibilità della *sole remedy clause* con il diritto italiano.

Tratteggiati nei termini di cui sopra gli effetti della *sole remedy clause* in caso di scelta del diritto italiano quale legge applicabile al contratto, è giusto il caso, ora, di verificarne in definitiva l'ammissibilità per il nostro ordinamento.

Si è detto che oggi con sempre maggiore frequenza circolano in Italia contratti alieni, ossia schemi negoziali concepiti nei paesi di *common law* che ignorano la legge italiana, salvo prevedere il nostro diritto nazionale quale legge applicabile al contratto ⁽³⁶⁴⁾. Sul punto, autorevole dottrina ⁽³⁶⁵⁾ ha osservato che è raro che un contratto valido nel proprio paese di origine sia a lungo considerato invalido in Italia, in quanto, prima o poi, il nostro ordinamento gli dà cittadinanza.

Molto più delicato è invece il discorso che vale per le singole clausole, poiché si pone il problema della derogabilità delle norme imperati-

⁽³⁶⁴⁾ G. DE NOVA, *I contratti atipici e i contratti disciplinati da leggi speciali: verso una riforma?*, in *Il contratto alieno*, ed. II, Torino, 2010, 44.

⁽³⁶⁵⁾ G. DE NOVA, *Le clausole a rischio di nullità*, Milano, 2009, 2.

ve di principio, le norme materiali, capaci di applicazione al di là del caso espressamente previsto e ispirate al principio di buona fede ⁽³⁶⁶⁾.

Su questa direttrice d'indagine, il primo punto da chiarire è inevitabilmente rappresentato dall'individuazione delle condizioni di validità della clausola di *sole remedy*.

Nel corso della trattazione si è avuto modo di precisare che la clausola in commento, a seconda della visuale dalla quale la si osserva, può riguardare differenti aspetti della disciplina sul diritto interno dei contratti, ponendosi così in potenziale contrasto con altrettanto differenti previsioni della legge italiana ⁽³⁶⁷⁾.

Nella prospettiva che qui interessa – ossia quella relativa al rapporto tra autonomia privata e risoluzione per inadempimento – non consta che la giurisprudenza abbia avuto occasione di pronunciarsi sulla questione dell'ammissibilità delle clausole di *sole remedy*, nella misura in cui impediscono l'accesso al rimedio di cui all'art. 1453 cod. civ. ⁽³⁶⁸⁾.

Ciò nondimeno, la risposta al quesito mi sembra vada data come segue.

Abbiamo già messo in luce che da un lato la validità della clausola di rinuncia preventiva alla risoluzione per inadempimento dipende dal rispetto delle condizioni imposte dall'art. 1229 cod. civ. e dalla conservazione di rimedi alternativi; e che dall'altro lato sarebbe riconosciuto al giudice il potere di disapplicare il patto in questione, ove l'azione di

⁽³⁶⁶⁾ G. DE NOVA, «*The law which governs this agreement is the law of the Republic of Italy*»: il contratto alieno, in *Il contratto alieno*, cit., 62: «*La barriera del diritto italiano non ferma i contratti alieni; la barriera del diritto italiano pone in discussione le singole clausole*».

⁽³⁶⁷⁾ Inoltre, si è visto sopra che, sebbene in linea di principio i contraenti siano liberi di convenire la formulazione più in linea con le esigenze che con il contratto intendono realizzare, d'altro canto, nell'ottica di escludere tutti i rimedi previsti dalla *applicable law*, le parti tendono a preferire la predisposizione di clausole quanto più generali e omnicomprensive.

⁽³⁶⁸⁾ Sul punto, si veda, tuttavia, F. BONELLI, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: le garanzie del venditore*, cit., 322, dal quale risulta che il Tribunale di Milano, con due provvedimenti (inediti) in data 26 e 27 maggio 2004, ha stabilito che, malgrado la presenza nel contratto di una clausola di *sole remedy*, il dolo del venditore di un contratto di acquisto di partecipazioni sociali consente di superare le limitazioni previste dalla pattuizione (secondo il principio «*fraus omnia corrumpit*») e di invocare sia l'eccezione di inadempimento (art. 1460 cod. civ.) sia l'annullabilità del contratto per dolo ex art. 1439 cod. civ..

adempimento sia di fatto non esperibile e l'interesse del contraente fedele rimanga privo di effettiva tutela ⁽³⁶⁹⁾.

E' in questi principi che deve essere ricercata anche la soluzione all'interrogativo sulla validità dei patti limitativi della risoluzione per inadempimento nel *sale and purchase agreement*.

Sul piano della validità della clausola di *sole remedy*, ritengo infatti che la liceità della pattuizione sia salvaguardata per un verso dalla consueta previsione del pagamento di un indennizzo a tutela dei diritti del compratore in caso di violazione della garanzie convenzionali; e per altro verso dalla esclusione convenzionale del rimedio risolutorio per i soli inadempimenti imputabili a colpa semplice.

Sul piano della efficacia del patto, invece, ove nella fase attuativa del rapporto il riequilibrio del sinallagma mediante il pagamento dell'*indemnity* non sia concretamente attuabile – circostanza che di fatto potrebbe verificarsi se il *seller* fosse insolvente al momento dell'accertamento della violazione ⁽³⁷⁰⁾ – si potrà concludere per l'inefficacia della clausola, per violazione del precetto di buona fede

⁽³⁶⁹⁾ Cfr. *supra* cap. II, § 5.3, pagg. 59 ss..

⁽³⁷⁰⁾ Riguardo al momento in cui l'obbligo a carico del venditore di corrispondere l'indennizzo diverrebbe attuale a seguito della violazione, si segnala che le parti possono prevedere due differenti tipologie di clausole: con le prime, favorevoli al venditore, i contraenti possono disporre che “*l'acquirente che formula questo claim può pretendere di decurtare il pagamento del prezzo solo se, e nella misura in cui, prima della scadenza del prezzo il suo claim sia stato accettato dal venditore oppure riconosciuto fondato da una sentenza esecutiva o da un lodo arbitrale; se, invece, al momento in cui scade la rata del prezzo, la controversia è ancora aperta, l'acquirente non può sospendere il pagamento del prezzo*” (M. DE ANDRÈ, *Clausole relative al prezzo*, cit., 196); con le seconde, favorevoli al buyer, le parti possono stabilire che il compratore abbia la facoltà di depositare in *escrow* l'importo corrispondente al *claim*, “*facendo dipendere lo svincolo e le sorti di questa somma depositata dall'esito della controversia*”. In questo modo, “*se entro [una] data fissata l'acquirente notifica un claim, che deve essere tassativamente quantificato, allora il depositario trasferisce immediatamente al venditore tutta la somma depositata che eccede la misura del claim e tiene bloccato il resto fino a quando non gli venga notificato uno di questi tre oggetti: un accordo tra le parti, o una sentenza esecutiva, o un lodo arbitrale. A questo punto il depositario dispone della somma depositata dando esecuzione a tale accordo, sentenza o lodo*” (M. DE ANDRÈ, *Clausole relative al prezzo*, cit., 196). Sul punto, cfr. altresì V. SANGIOVANNI, *Il contratto di escrow nella compravendita di partecipazioni sociali*, cit., 204, il quale afferma che “*si può prevedere che il versamento della somma richiesta dal compratore sarà effettuato dal depositario una volta che l'autorità giudiziaria oppure gli arbitri avranno accertato, con decisione definitiva, la violazione e l'ammontare dell'indennizzo conseguente*”.

nell'esecuzione del contratto ⁽³⁷¹⁾; oppure “impedirne l'applicazione con la tecnica succedanea dell'abuso del diritto” ⁽³⁷²⁾.

Resta da dire, per concludere il tema, che la conseguenza della eventuale contrarietà a norme imperative del patto con cui si nega l'esperibilità della risoluzione per inadempimento non potrà che essere la sua eventuale nullità *ex art.* 1418, 1° comma, cod. civ. ⁽³⁷³⁾.

Questa soluzione vale tanto per il caso in cui la clausola di rimedio esclusivo si interpretasse come una deroga all'art. 1453 cod. civ. (sul presupposto che tale disposizione preveda una norma inderogabile: impostazione che però non sembra sostenibile); quanto per l'ipotesi in cui la pattuizione sia considerata quale clausola di esonero della responsabilità contrattuale. In entrambi i casi, infatti, la sanzione disposta dal nostro ordinamento per rimuovere gli effetti illegittimi prodotti dal patto sarebbe la sua nullità virtuale per contrarietà a norme imperative.

Come si ricorderà ⁽³⁷⁴⁾, invero, in ambedue i casi la clausola in questione incontrerebbe il limite stabilito dall'art. 1229 cod. civ., con la conseguenza che la stessa sarebbe da considerarsi nulla in caso di esclusione preventiva e indiscriminata del diritto del contraente deluso di risolvere il contratto di acquisto delle partecipazioni in caso di dolo e colpa grave della controparte ⁽³⁷⁵⁾.

⁽³⁷¹⁾ Difficilmente configurabile, riguardo alla violazione delle *representations and warranties*, è certamente il riequilibrio del sinallagma funzionale attraverso l'azione di esatto adempimento; sul punto, cfr. *supra* cap. IV § 3, pagg. 113 ss..

⁽³⁷²⁾ Cfr. F. DELFINI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 577 s.; in particolare, si veda nt. 28, a pag. 578, il quale ricorda che “nella più recente giurisprudenza è frequente il richiamo della clausola generale di buona fede per sottoporre l'esercizio di diritti potestativi ad un sindacato giudiziale che parrebbe incompatibile con la stessa loro natura e con la stessa autonomia privata”; l'Autore richiama, in particolare, il caso del controllo *ex fide bona* del recesso *ad nutum*, inaugurato da Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Contratto in genere*, n. 433, cui di recente si è aggiunto l'*obiter dictum* di Cass., 3 giugno 2013, n. 13905, su *Il Caso.it*.

⁽³⁷³⁾ G. DE NOVA, *Il contratto e le restituzioni*, cit., 2.

⁽³⁷⁴⁾ Cfr. *supra* cap. II, § 7, pagg. 66 ss..

⁽³⁷⁵⁾ Per un esempio concreto, si pensi all'esempio illustrato in precedenza (cfr. *supra* cap. IV, § 5, pagg. 117 ss.), in cui il venditore abbia consapevolmente fornito al *buyer* informazioni non corrispondenti al vero sulla situazione patrimoniale della società; ovvero abbia altrimenti artificiosamente taciuto informazioni determinanti per la prestazione del consenso del compratore. In queste ipotesi, la negazione del rimedio risolutorio in caso di violazione dolosa delle *representations and warranties* sarebbe contraria al combinato disposto degli artt. 1453 e 1229 cod. civ..

11. (Segue): Il giudizio sulla nullità della clausola.

Ciò chiarito in ordine al regime sanzionatorio delle clausole in commento, occorre ora esaminare una fattispecie concreta per soffermarsi sull'analisi sui profili processuali collegati alla declaratoria di nullità della clausola di *sole remedy*.

Si supponga che il venditore delle partecipazioni azionarie commetta un *material breach* del contratto, violando una garanzia convenzionale definita in sede di stipulazione del *sale and purchase agreement* di particolare rilevanza per gli interessi del *buyer*. E si immagini che, per ciò, l'acquirente decida di promuovere un giudizio per ottenere la risoluzione del contratto, lamentando che il venditore abbia agito con dolo (ad esempio per non aver comunicato un fatto a lui noto o per aver cercato di impedire che venga conosciuta da parte dell'acquirente una circostanza idonea a far venir meno l'interesse dell'acquirente all'acquisto delle azioni oggetto di trasferimento).

Si consideri, tuttavia, che nel contratto di acquisto delle partecipazioni azionarie le parti avessero inserito una clausola di rimedio esclusivo; cosicché, in linea teorica, per espressa previsione contrattuale il compratore non avrebbe il diritto di chiedere la risoluzione del contratto pur essendo pacifico che il *seller* è venuto meno ai propri impegni.

Rispetto a questa fattispecie, le domande da porsi sono due.

La prima è se il compratore delle partecipazioni azionarie che intenda ottenere la risoluzione del *sale and purchase agreement* ai sensi dell'art. 1453 cod. civ. debba necessariamente chiedere in via pregiudiziale la nullità della clausola di *sole remedy*, nella misura in cui esonera il venditore dalle conseguenze derivanti dall'inadempimento doloso di un'obbligazione contrattuale.

La seconda è se, nel rilevare la invalidità della clausola, il giudice sia o meno vincolato, oltretutto dall'allegazione dei fatti compiuta dalle

parti, anche dalle contestazioni e dalle offerte di prove a opera di queste, rispetto alla nullità della clausola di *sole remedy*.

Riguardo al primo quesito, si è avuto modo di chiarire che le parti hanno la facoltà di negare preventivamente l'accesso alla risoluzione per inadempimento, ma solo entro i limiti imposti dall'art. 1229 cod. civ.. Infatti, qualora l'inadempimento del debitore sia imputabile a dolo o colpa grave, le clausole che escludono o limitano l'esperibilità del rimedio risolutorio e i suoi effetti devono considerarsi senz'altro nulle per l'ordinamento italiano.

Ora, se l'acquirente chiedesse di accertare la nullità della clausola di *sole remedy* e in seguito di accogliere la domanda di risoluzione, il giudice dovrebbe naturalmente pronunciarsi sulla validità della clausola a pena di violare il principio della domanda. Se invece l'attore non si preoccupasse di chiedere in via pregiudiziale la nullità della clausola e chiedesse solo la risoluzione, si potrebbe pensare che il giudice debba comunque rilevare d'ufficio l'eventuale nullità *ex art.* 1421 cod. civ..

La soluzione preferibile è che se il *buyer* domandasse in giudizio la risoluzione per inadempimento senza chiedere in via pregiudiziale anche la nullità della clausola di *sole remedy*, il giudice adito dovrebbe comunque rilevarne d'ufficio la nullità, in quanto la domanda di risoluzione, al pari di quella di adempimento, presuppone pur sempre la validità del contratto. Del resto, è possibile parlare di inadempimento di un'obbligazione solo se quest'ultima sia venuta ad esistenza validamente.

In questa prospettiva, è da tempo consolidato, in dottrina ⁽³⁷⁶⁾ e giurisprudenza ⁽³⁷⁷⁾, l'orientamento secondo cui sarebbe rilevabile d'ufficio

⁽³⁷⁶⁾ Cfr. G. STOLFI, *Sopra un caso di modificazione della domanda in corso di giudizio*, in *Giur. it.*, 1948, I, 2, 151 ss; N. IRTI, *Risoluzione di un contratto nullo?*, in *Foro pad.*, 1971, 741 ss; F. AMATO, *Rescissione, risoluzione e annullamento di un contratto nullo?*, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 447 ss; G. MASSETANI, *Ingiustificate limitazioni alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, in *Foro it.*, 1989, I, 1938; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, 628; R. SACCO, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, II, Torino, 1999, 529; V. MARICONDA, *La Cassazione rilegge l'art. 1421 c.c. e si corregge: è vera svolta?*, in *Corr. giur.*, 2005, 962 ss; F. DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio delle nullità negoziali tra (artificiosi) limiti processuali ed incertezze giurisprudenziali*.

la nullità del contratto del quale si chiedano, alternativamente, la risoluzione, l'annullamento o la rescissione. E ciò, in particolare, sulla base di una pluralità di argomentazioni, tra cui la circostanza che le domande di risoluzione, annullamento e rescissione sono dirette a fare valere un diritto potestativo di impugnativa derivante da un contratto valido ed efficace; sicché essa, postulando quest'ultimo, al pari di quella di adempimento, è domanda di applicazione dell'atto di autonomia privata, l'accertamento della cui nullità determina il rigetto della pretesa attorea, non il suo accoglimento.

Sul punto merita inoltre ricordare un recente intervento delle Sezioni Unite ⁽³⁷⁸⁾ secondo cui il giudice è chiamato a rilevare d'ufficio la nullità di un contratto, anche in presenza di una controversia azionata per motivi diversi (ad esempio, come nel caso che qui interessa, per ottenere la risoluzione del contratto) ⁽³⁷⁹⁾.

Così ragionando, per rispondere al primo quesito potrebbe affermarsi che, anche se il compratore non proponesse domanda pregiudiziale di nullità della clausola, il giudice potrebbe comunque pronunciare la risoluzione del contratto, in virtù del corollario della rilevabilità d'ufficio

ziali, in *Foro it.*, 2006, I, 2109 ss; G. DOTTORE, *Il senso della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale nel sistema civilistico e processuale: la Cassazione torna sull'art. 1421 c.c.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 380 ss; F. CORSINI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 682; S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Milano, 1995, 262 e ss; F. DI MARZIO, *Le nullità del contratto*, Padova, 1999, 595 e ss.

⁽³⁷⁷⁾ In questo senso, si sono espresse Cass., 28 gennaio 1986, n. 550, in *Giur. comm.*, 1986, II, 401; Cass., 18 luglio 1994, n. 6710, in *Mass. Giur. It.*, 1994; Cass., 02 aprile 1997, n. 2858, in *Mass. Giur. It.*, 1997; in *Giust. Civ.*, 1997, I, con nota di Vidiri; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, 120, con nota di De Fazio; in *Contr.*, 1997, 359; Cass., 22 marzo 2005, n. 6170, in *Giust. civ.*, 2005, 962; Cass., 07 febbraio 2011, n. 2956; in *Contr.*, 2011, 7, 677, con nota di Pirovano; in *Notariato*, 2011, 3, 259; in *Contr.*, 2011, 373; in *Foro It.*, 2011, 9, 1, 2403; Cass., 15 settembre 2008, n. 23674, in *Mass. Giur. It.*, 2008; in *Obbl. e contr.*, 2009, 4, 318, con nota di Benussi; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 3, 1, 197, con nota di Nardi; Cass., 20 agosto 2009, n. 18540, in *Mass. Giur. It.*, 2009.

⁽³⁷⁸⁾ Cass., Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Giust. Civ.*, 2012, 10, I, 2275, secondo cui "Ogni forma di nullità del contratto, tranne, quelle soggette a regime speciale, è rilevabile d'ufficio nel giudizio in cui ne è stata chiesta la risoluzione; la pronuncia sulla questione di nullità avrà efficacia di giudicato soltanto ove la relativa domanda, anche a seguito di rimessione in termini, sia stata proposta, mentre in ogni caso il giudice, se richiesto, dovrà, disporre le restituzioni".

⁽³⁷⁹⁾ In particolare, secondo quanto emerge dalla decisione, la funzione dell'art. 1421 cod. civ. è di impedire che il contratto nullo, sul quale l'ordinamento esprime un giudizio di disvalore, possa spiegare i propri effetti; ne deriva che al giudice, al quale si chiede di giudicare *secundum ius*, spetta di rilevare se un atto è nullo e quindi di evidenziare in giudizio l'impossibilità di accogliere una domanda che presupponga la sussistenza dei requisiti di validità del contratto.

della nullità da parte del giudice in ogni stato e grado del giudizio, indipendentemente dall'attività assertiva delle parti ⁽³⁸⁰⁾.

Quanto al secondo quesito – e cioè se nel rilevare la nullità della pattuizione il giudice sia vincolato dalle contestazioni e dalle prove offerte dei contraenti – la risposta non può che essere positiva.

In questa direzione parrebbe potersi ritenere che il giudice debba decidere unicamente sulla base di ciò che è stato prodotto e allegato in giudizio dalle parti: egli non può svolgere un'istruttoria di propria iniziativa.

Pertanto se le parti non hanno incluso la nullità nella domanda né hanno prodotto i documenti necessari per tale declaratoria, il giudice non potrà rilevare la nullità d'ufficio.

Oltre a ciò, potrebbe anche darsi che l'attore agisca per sentir dichiarare la nullità della clausola deducendo una specifica ragione di nullità. In questo caso se il giudice ravvisasse che la pattuizione è in effetti nulla, ma per una ragione diversa a quella allegata dalla parte, il giudice dovrebbe deliberare esclusivamente la domanda di nullità avanzata dalle parti, senza indagare se ci siano altre cause di nullità ⁽³⁸¹⁾.

12. Gli spunti offerti dal diritto uniforme.

Per completare l'analisi sulla validità della *sole remedy clause* per diritto italiano, è appena il caso di verificare quale sia la soluzione accolta nell'ambito del diritto uniforme in ordine alla derogabilità del rimedio risolutorio.

⁽³⁸⁰⁾ F. VELTRI, *La rilevabilità d'ufficio della nullità: limiti e condizioni*, in *Contr.*, 2013, 4, 393, la quale aggiunge che “Il principio della disponibilità degli interessi dei privati e delle relative azioni, quale valore fondamentale del diritto italiano delle obbligazioni, incontra il limite fondamentale della categoria della nullità, come tradizionalmente intesa”.

⁽³⁸¹⁾ Secondo G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., 233 s. “Questa ricostruzione è molto importante sul piano pratico, perché significa che se in primo grado il difensore deduce una causa di nullità che viene respinta dal giudice, in secondo grado non potrà proporre una diversa causa di nullità; non lo potrà fare perché la domanda di accertamento di nullità in secondo grado è preclusa dal fatto che in primo grado si è già formato un giudicato sulla validità del contratto”.

Tra le limitazioni convenzionali alle conseguenze derivanti dall'inadempimento contrattuale vi sono infatti anche quelle elaborate dalla prassi o contenute nelle fonti persuasive ⁽³⁸²⁾. Il riferimento è ai Principi di diritto europeo dei contratti, elaborati dalla Commissione presieduta da Ole Lando; ai Principi dei contratti commerciali internazionali elaborati dalla commissione UNIDROIT; e al Codice Europeo dei contratti, coordinato da Giuseppe Gandolfi.

Quanto ai primi, l'art. 8:109 dei Principi di diritto europeo dei contratti, rubricato "*Clausola di esclusione o di limitazione delle tutele*", stabilisce che "*Le tutele per l'inadempimento possono essere escluse o limitate salvo che far valere tale esclusione o limitazione risulti contrario alla buona fede e alla correttezza*" ⁽³⁸³⁾.

In questa prospettiva, trova conferma quanto detto in precedenza sulla c.d. *eterogenesi dei fini della risoluzione* ⁽³⁸⁴⁾ e la funzione del patto di irrisolvibilità di impedire al contraente non inadempiente di precludere maliziosamente all'altro, *ex art. 1453, 3° comma, cod. civ.* di rimediare alla propria inadempienza ⁽³⁸⁵⁾.

E lo stesso discorso vale anche per l'art. 7.1.6 dei Principi Unidroit, secondo cui "*A clause which limits or excludes one party's liability for non-performance or which permits one party to render performance substantially different from what the other party reasonably expected may*

⁽³⁸²⁾ Cfr. E. FINAZZI AGRÒ, *L'effettiva incidenza dei principi UNIDROIT nella risoluzione delle controversie internazionali: un'indagine empirica*, in *Dir. comm. internaz.*, 2009, 3, 557; M.J. BONELL, *I Principi UNIDROIT 2010: le novità*, in *Dir. comm. internaz.*, 2012, 4, 795; S.M. CARBONE, *I Principi UNIDROIT quale "soft law" applicabile ai contratti del commercio internazionale: tra autonomia privata e ordinamenti statali*, in *Dir. comm. internaz.*, 2012, 4, 809.

⁽³⁸³⁾ Art. 8:109 nel testo pubblicato in *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, a cura di Castronovo, Milano, 2000, 433; si segnala che una formulazione parzialmente differente si legge nel testo in appendice al saggio di G. ALPA, *I «Principles of European Contract Law» predisposti dalla Commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 483 ss, in cui si avverte che "*La versione in italiano, qui di seguito pubblicata, è stata predisposta dal Ministero della Giustizia*" ed ove la formulazione dell'art. 8:109 è la seguente: "*I rimedi in caso di inadempimento possono essere esclusi o limitati a meno che ciò non sia contrario ai principi della buona fede e della correttezza*".

⁽³⁸⁴⁾ Cfr. *supra* nota 112, pag. 43 in cui si richiama l'interpretazione di A. BELFIORE, voce *Risoluzione per inadempimento*, cit., 1320.

⁽³⁸⁵⁾ F. DELFINI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 577.

not be invoked if it would be grossly unfair to do so, having regard to the purpose of the contract”⁽³⁸⁶⁾.

In quest’ottica, neppure va trascurato l’art. 7.1.4 dei medesimi Principi Unidroit, rubricato “*Cure by non-performing party*”, che prevede il diritto dell’inadempiente a rimediare all’inadempimento a proprie spese, disponendo che, dal momento dell’avviso dell’esercizio di tale facoltà il contraente fedele non può esercitare rimedi che precludano la conservazione del vincolo, come la risoluzione (*termination*), il ricorso al mercato per ottenere da terzi la prestazione oggetto del contratto (*entering into replacement transactions*), l’azione di danni o di ripetizione (*seeking damages or restitution*)⁽³⁸⁷⁾.

Un ultimo cenno, infine, è doveroso con riferimento al Codice Europeo dei contratti il quale, all’art. 106, stabilisce che “*Qualsiasi convenzione che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave è nulla*”; e che “*Il patto con cui si conviene che*

⁽³⁸⁶⁾ Estratto dai Principi dei contratti commerciali internazionali elaborati dalla commissione UNIDROIT, presenti sul sito web www.unidroit.org.

⁽³⁸⁷⁾ Cfr. F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 72. Si segnala, peraltro, che in un caso deciso il 1° dicembre 1996 dalla Camera di Arbitrato Nazionale ed Internazionale di Milano, i Principi UNIDROIT – sia pur temperati dal ricorso all’equità – sono stati indicati come unica fonte di diritto per la risoluzione della controversia avente a oggetto un contratto di agenzia commerciale tra una società italiana e una statunitense. Nella sua decisione, l’arbitro unico ha applicato numerose disposizioni specifiche dei Principi UNIDROIT, in alcuni casi invocando perfino i relativi Commenti; in particolare, tra gli altri, sono stati richiamati l’art. 1.3 al fine di affermare il carattere vincolante dell’accordo originario, nonostante il mancato raggiungimento del target contrattuale da parte dell’agente; l’art. 4.1 per interpretare quale avviso di risoluzione una dichiarazione fatta per iscritto dal committente e rivolta all’agente; l’art. 7.3.1 per escludere il diritto alla risoluzione del contratto per un evento al cui verificarsi le parti avevano espressamente previsto la rinegoziazione del medesimo; l’art. 7.3.5 per confermare la validità di una clausola contrattuale che, in caso di risoluzione, faceva espressamente salvi sia il diritto del committente alla restituzione del materiale promozionale, sia quello dell’agente ad ottenere un’indennità per gli ordini ricevuti fino a quel momento. A ciò si aggiunga che nel lodo della ICC del 2000, n. 10021, il collegio arbitrale, integrando il diritto lituano applicabile, ha richiamato gli artt. 5.8 (ora 5.1.8) e 6.2.3 dei Principi UNIDROIT – definiti come «usi commerciali codificati» – per affermare che il patto parasociale a tempo indeterminato, oggetto della controversia, poteva essere risolto dalle parti solo dandone preavviso con ragionevole anticipo e che, persino in caso di *hardship*, la parte svantaggiata avrebbe avuto diritto a risolvere il contratto solo dopo che fosse fallito il tentativo di rinegoziazione; questo il testo della decisione: “*Even if the disruption of the relationship between the parties were to be qualified as hardship according to Article 6.2.3 of the UNIDROIT Principles which states: [...], the disadvantaged party (it is very doubtful whether Respondents, due to their behaviour, can be qualified as disadvantaged parties) is entitled to request renegotiations. Only if the renegotiations fail may the disadvantaged party resort to the arbitral tribunal, which will decide whether to terminate the agreement or to adapt it. From this it follows that the Shareholders’ Agreement is valid and in force, since the grounds invoked and the attempted method of termination of the Agreement were unjustified on the facts and improper both by applicable Lithuanian law and relevant trade usages*”.

una delle parti non può opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta, è inefficace per le eccezioni di nullità, di annullabilità e di rescissione del contratto” ⁽³⁸⁸⁾ (al pari del nostro art. 1462 cod. civ.).

Dalla lettura della disciplina uniforme si evince una evidente preferenza dei rimedi manutentivi del rapporto contrattuale rispetto a quelli negativi, finalizzati invece alla sua estinzione. Tendenza che, a dire il vero, non rappresenta affatto una novità nel panorama della disciplina europea dei contratti ⁽³⁸⁹⁾.

Ma se è vero che il successo riscosso dagli *standards* internazionali, generalmente accettati negli ambienti accademici, è stato anche fonte di ispirazione per la riforma di numerose legislazioni nazionali in materia di contratti ⁽³⁹⁰⁾, allora nell’ordinamento italiano sarebbe giusto il tempo per guardare con favore alla stipulazione di accordi tendenti alla limitazione o esclusione degli strumenti di tutela come la risoluzione del contratto per inadempimento.

⁽³⁸⁸⁾ Art. 106 del Codice Europeo dei contratti, disponibile sul sito web ufficiale dell’Accademia dei Privatisti Europei, www.eurcontrats.eu.

⁽³⁸⁹⁾ Un primo segnale della tendenza ormai diffusa in ambito europeo della preferenza per gli strumenti volti al riequilibrio del rapporto contrattuale nell’ottica della sua conservazione si rinviene nella Convenzione adottata a Vienna l’11 aprile 1980 (ratificata dall’Italia con l. 11 dicembre 1985, n. 765 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1988), in tema di vendita internazionale di beni mobili; come è noto, in essa il ruolo della risoluzione del contratto a favore del compratore, al verificarsi dell’inadempimento imputabile del venditore, veniva per la prima volta considerato residuale e la medesima era circoscritta a ipotesi assai circostanziate.

⁽³⁹⁰⁾ CONSIGLIO DI DIREZIONE DELL’UNIDROIT, Introduzione all’edizione 2004, in *UNIDROIT, Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali 2004*, Roma, 2004, VIII; affermazione ripresa da M.J. BONELL, *Un «Codice» Internazionale del Diritto dei Contratti. I Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, Milano, 2006, 278.

SINTESI CONCLUSIVA

La clausola di *sole remedy* contenuta in un contratto di acquisto di partecipazioni azionarie può ritenersi valida per il diritto italiano, ma a certe condizioni.

Il primo passaggio per procedere al vaglio della clausola in esame è capire se l'autonomia privata possa estendersi sino ad ammettere una patteggiamento che escluda ogni rimedio demolitorio – e in particolare la risoluzione per inadempimento – accettando l'impegno di indennizzo quale unico idoneo strumento utilizzabile per soddisfare qualsiasi aspettativa e pretesa nascente dal contratto. In proposito, si ricorderà che è opportuno distinguere il piano della validità della clausola da quello della sua efficacia.

L'indagine condotta sul patto di irrisolubilità nell'ambito dell'ordinamento italiano ⁽³⁹¹⁾ ci ha permesso di notare che la risoluzione è vicenda rimessa alla valutazione potestativa dalla parte non inadempiente, spettando solo al contraente deluso, in difetto dell'altrui esecuzione, decidere se rivolgersi o meno al giudice, e comunque se chiedere l'esecuzione coattiva della prestazione promessa, il risarcimento del danno o lo scioglimento del vincolo ⁽³⁹²⁾.

Come si ricorderà, infatti, gli argomenti utilizzati per confutare l'ammissibilità del patto in commento assumono valore decisivo allorché le parti rinuncino preventivamente, e in maniera indiscriminata, a ogni altra tutela, restitutoria o risarcitoria che sia; essi non valgono, invece, a fronte dalla semplice selezione del tipo di protezione utilizzabile ⁽³⁹³⁾.

Ne risulta che – nella misura in cui non escluda il diritto del contraente deluso ad azionare la risoluzione di cui all'art. 1453 cod. civ. per inadempimenti imputabili a dolo o colpa grave, e conservi la facoltà di

⁽³⁹¹⁾ Sul punto, cfr. *supra* cap. II, pagg. 40-67.

⁽³⁹²⁾ G. SICCHIERO, *Risoluzione dei contratti*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, cit., 32; nello stesso senso anche E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 131.

⁽³⁹³⁾ Cfr. G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, cit., 38.

avvalersi degli altri rimedi sinallagmatici come l'azione di adempimento e il risarcimento del danno – la clausola di *sole remedy* favorisce la realizzazione di interessi meritevoli di tutela per l'ordinamento italiano.

Questa soluzione è tanto più vera se si considera che nel *sale and purchase agreement* di norma la rinuncia alla risoluzione a favore del pagamento di un indennizzo svolge una funzione concreta e peculiare; e cioè quella di mantenere fermo il nuovo assetto proprietario nel trasferimento di una partecipazione azionaria di controllo, permettendo così all'acquirente di ottenere, di fatto, una riduzione del prezzo corrisposto per l'acquisto dei titoli ⁽³⁹⁴⁾.

Si è più volte evidenziato, invero, che i rimedi demolitori non rappresentano strumenti adeguati a soddisfare le esigenze dei soggetti coinvolti nelle operazioni di acquisizione, poiché il risultato della loro applicazione consiste nel far venir meno gli effetti del rapporto contrattuale.

Del resto, la inessenzialità del rimedio risolutorio ai fini dell'attuazione del rapporto contrattuale è circostanza che trova puntuale conferma in altre norme dell'ordinamento nazionale. Ne sono prova l'art. 793, comma 4, cod. civ., in tema di risolubilità della donazione per inadempimento del *modus*, ammessa solo se appositamente prevista dalle parti; l'art. 1668, comma 2, cod. civ., in tema di garanzia per difetti dell'opera nel contratto di appalto, il quale ammetta la risoluzione solo in via eccezionale, ove l'opera sia del tutto inadatta alla sua destinazione; l'art. 1976 cod. civ. che prevede la non risolubilità della transazione novativa ove una specifica clausola non lo consenta, a dimostrazione del fatto che la scelta del rimedio è rimessa alla disponibilità dei contraenti ⁽³⁹⁵⁾.

Ciò chiarito, sotto altro profilo si evidenzia che la possibilità di salvaguardare la conservazione del sinallagma funzionale, in caso di ina-

⁽³⁹⁴⁾ Cfr. *supra* cap. II, § 3, pagg. 45 ss..

⁽³⁹⁵⁾ Per una completa analisi sul punto si rimanda a F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 64 ss..

dempimento, su piani diversi da quello risolutorio, trova indici positivi di conferma anche nel diritto straniero e transnazionale ⁽³⁹⁶⁾.

In questa direzione, dall'analisi svolta sul regime della *sole remedy clause* all'interno dei sistemi giuridici d'origine, quelli di *common law*, è emerso che non vi sarebbero indici di assoluta intangibilità per le parti delle conseguenze della patologia del rapporto contrattuale. Per contro, l'esame comparatistico ha evidenziato che i contraenti godono in Inghilterra di spazi di autonomia certamente apprezzabili. Specie quando il contratto sia stato negoziato da due soggetti in posizione paritetica, come avviene nel caso del *sale and purchase agreement*.

A ciò si aggiunga che, sempre in ottica comparatistica, la questione del patto di irrisolubilità ha trovato recentemente soluzione anche nell'esperienza francese. In tal senso, si è segnalata una recente pronuncia della Cour de Cassation ⁽³⁹⁷⁾ con cui il supremo collegio transalpino ha ribadito che l'art. 1184 Code civil, in tema di risoluzione per inadempimento, non è qualificabile come norma di ordine pubblico e come tale può essere liberamente derogato dall'autonomia negoziale.

Ulteriore conferma di questo recente orientamento si rinviene altresì nelle più recenti norme del diritto uniforme, le quali sembrano ispirarsi a un principio generale di conservazione e riformulazione del sinallagma funzionale, riconoscendo al contempo uno spazio sempre più marginale ai rimedi negativi come la risoluzione per inadempimento.

Le argomentazioni esaminate impediscono così di sostenere che, a priori, simili clausole contrastino sempre e comunque con i principi inderogabili del nostro ordinamento, pena un'indebita compressione della libertà negoziale delle parti. In questo senso credo assuma carattere dirimente la circostanza che il regolamento contrattuale rappresenta il risultato concordato di una determinata allocazione di rischi e costi tra le parti, in vista della realizzazione degli interessi perseguiti da ciascuna di es-

⁽³⁹⁶⁾ F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, cit., 64.

⁽³⁹⁷⁾ Cour de Cassation, 3 novembre 2011, n. 10-26203, cit.; cfr. *supra* cap. II, § 7, pag. 67.

se ⁽³⁹⁸⁾. In quest'ottica, il divieto di stipulare clausole di *sole remedy* si fonderebbe sulla necessità di impedire che l'equilibrio economico del contratto venga ingiustamente alterato a vantaggio di una delle parti, sul presupposto che il contratto esprima il "piano economico individuale" voluto dai contraenti ⁽³⁹⁹⁾.

Ma se ciò è vero, allora, ove l'esclusione della risoluzione per inadempimento prevista dalla *sole remedy clause* non comporti la rinuncia indiscriminata a ogni strumento di protezione del vincolo, bensì solo l'opzione tra due forme di tutela tra loro alternative – la conservazione del rapporto mediante il pagamento della prestazione indennitaria da un lato, e la caducazione degli effetti del *sale and purchase agreement* dall'altro – non vi sarebbero ragioni per sancire la nullità *ex art. 1418* cod. civ. della clausola in commento; analogamente, in assenza di effettiva sperequazione di una parte ai danni dell'altra, nemmeno potrebbe concludersi per l'inefficacia del patto per violazione del precetto di buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 cod. civ.).

Ecco che allora, entro i limiti ora indicati, la clausola di rimedio esclusivo può considerarsi compatibile con il diritto italiano. Con essa le parti non derogano ad alcuna norma imperativa, poiché la rinuncia preventiva al rimedio risolutorio non dà luogo a un assetto negoziale contrario al precetto imperativo di legge, venendo così a pregiudicare interessi di natura pubblicistica che non possono tollerare sacrificio alcuno, per volontà dei contraenti, in quanto evidentemente indisponibili.

Viceversa, in considerazione della sua funzione nell'ambito dell'odierna prassi contrattuale, credo plausibile una risposta positiva al quesito sulla validità per diritto italiano della clausola in discussione,

⁽³⁹⁸⁾ N. MUCCIOLI, *Vizi della volontà, buona fede e presupposizione nell'alienazione di partecipazioni sociali*, cit., 199.

⁽³⁹⁹⁾ Tale teoria, richiamata da M. BESSONE, *Le clausole di esonero e limitazione della responsabilità*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, 323, si ricollega all'art. 416 cod. comm. abrogato, che consentiva, nel caso di trasporti su strada ferrata, di limitare la responsabilità del vettore purché fosse pattuita una diminuzione del costo del servizio a carico del creditore; nello stesso senso, di recente, C. MENICHINO, *Le clausole di irresponsabilità contrattuale*, cit., 13.

giacché si è dimostrato che le parti possono disporre del regime della risoluzione senza violare norme di ordine pubblico.

Sulla base di queste considerazioni, è opinione di chi scrive che siano maturi i tempi per riconsiderare definitivamente l'impostazione più rigorosa sulla legittimità dei patti che negano l'azionabilità del rimedio risolutorio di cui all'art. 1453 cod. civ., a beneficio di soluzioni più articolate che, senza cadere in eccessi di segno contrario che avrebbero come unico effetto di pregiudicare gli interessi delle parti, consentano ampio spazio di manovra all'autonomia privata nel campo della risoluzione.

Una simile lettura mi pare peraltro maggiormente in linea con le esigenze avvertite nella contrattazione individualizzata tra i contraenti del terzo millennio.

BIBLIOGRAFIA

Dottrina italiana

- AFFERNI V., *Invalidità della fusione e riforma delle società di capitale*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 189.
- ALPA G., *I «Principles of European Contract Law» predisposti dalla Commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 483.
- AMADIO G., *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Trattato del contratto, Rimedi*, 2, a cura di V. Roppo, Milano, 2006.
- AMATO F., *Rescissione, risoluzione e annullamento di un contratto nullo?*, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 447.
- AMBROSOLI M., *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, Milano, 2012.
- AULETTA G., *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 147 e 157.
- BARASSI L., *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1964.
- BELFIORE A., voce *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, s.d. (ma 1989).
- BELTRAMI P., *La responsabilità per danni da fusione*, Torino, 2008.
- BENATTI FRANCESCA., *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008 G. ALPA, *Note sul danno contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2011, 365.
- BENATTI FRANCESCO, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971.
- BERTINO L., *Sulla validità di una clausola di irrisolubilità del contratto per inadempimento*, in *NGCC*, 2013, 10, 546.
- BESSONE M., *Le clausole di esonero e limitazione della responsabilità*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, 323.
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2-IV, Milano, 1955.
- BETTO E. - SALUZZO D., *Mind the gap - 2: clausole penali e di liquidated damages nel diritto inglese e nelle principali giurisdizioni di civil law*, in *Dir. comm. internaz.*, 1, 2012.
- BIANCA C.M., *Comm. all'art. 1229 cod. civ., Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro it., 1967.
- BIANCA C.M., *La responsabilità*, in *Trattato di dir. civ.*, 5, Milano, 1994.
- BIANCA C. M., *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, 628.

- BONELL M.J., *Un «Codice» Internazionale del Diritto dei Contratti. I Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, Milano, 2006.
- BONELL M.J., *I Principi UNIDROIT 2010: le novità*, in *Dir. comm. internaz.*, 2012, 4, 795.
- BORRIONE M., *Comm. all'art. 1453 cod. civ.*, in *Commentario al codice civile, Contratto in generale*, tomo 2, a cura di P. Cendon, Milano, 2010.
- CARBONE S.M., *I Principi UNIDROIT quale "soft law" applicabile ai contratti del commercio internazionale: tra autonomia privata e ordinamenti statali*, in *Dir. comm. internaz.*, 2012, 4, 809.
- CARNEVALI U., *Della risoluzione per inadempimento, Comm. agli artt. 1453-1454*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro it., 1990.
- CARNEVALI U., *La risoluzione per inadempimento, Il contratto in generale*, tomo VIII**, in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da M. Bessone, vol. XIII, Torino, 2011.
- CARRESI F., *Il Contratto*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, XXI, tomo II, Milano, 1987.
- CARUSI D., *Art. 1453 c.c.*, in *Commentario del Codice Civile - Dei Contratti in generale*, vol. IV, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2011.
- CASELLA P., *I due sostanziali metodi di garanzia al compratore*, in AA. VV., *Acquisizioni di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di F. Bonelli e M. De Andrè, Milano, 1990.
- COLAVOLPE A., *In tema di invalidità dell'atto di fusione*, in *Soc.*, 2008, 483.
- CORSINI F., *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 682.
- D'ADDA A., *Art. 1229 cod. civ.*, in *Delle obbligazioni, artt. 1218-1276*, volume a cura di V. Cuffaro, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2013.
- D'ANGELO A., *Le promesse unilaterali. Artt. 1987-1991*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1996.
- D'AURIA M., *Il patto di irrisolubilità: profili problematici*, in *Giust. civ.*, 2013, 1741.
- M. DE ANDRÈ, *Clausole relative al prezzo*, in AA. VV., *Acquisizioni di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di F. Bonelli e M. De Andrè, Milano, 1990, 193.
- DELL'AQUILA E., *La ratio della risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 852.
- DELFINI F., *Inadempimento e "diritto alla risoluzione". Clausola penale e principio nominalistico*, in *Contr.*, 6, 1995, 570.
- DELFINI F., *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999.

- DELFINI F., *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano, 1998.
- DELFINI F., *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, in *NLCC*, 3, 2014.
- DE NOVA G., *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 436.
- DE NOVA G., *Il contratto ha forza di legge*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, II, Milano, 1994.
- DE NOVA G., *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. De Nova, Milano, 1994.
- DE NOVA G., *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 636.
- DE NOVA G., *Il contenuto del contratto*, in R. Sacco - G. De Nova, *Il contratto*, in *Trattato Sacco*, tomo II, Torino, 2004.
- DE NOVA G., *I contratti di oggi e la necessità di un elenco condiviso di divieti e di clausole vietate: a proposito di armonizzazione del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 463.
- DE NOVA G., *Contratti senza Stato (a proposito del Draft CFR)*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 669.
- DE NOVA G., *Il contratto alieno e le norme materiali*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 25.
- DE NOVA G., *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2009.
- DE NOVA G., *Le clausole a rischio di nullità*, Milano, 2009.
- DE NOVA G., «*The law which governs this agreement is the law of the Republic of Italy*»: il contratto alieno, in *Il contratto alieno*, ed. II, Torino, 2010, 62.
- DE NOVA G., *I contratti atipici e i contratti disciplinati da leggi speciali: verso una riforma?*, in *Il contratto alieno*, ed. II, Torino, 2010, 44.
- DE NOVA G., *Il contratto e le restituzioni*, in *Le azioni di restituzione da contratto*, a cura di F. Carpi, Milano, 2012.
- DI CIOMMO F., *La rilevabilità d'ufficio delle nullità negoziali tra (artificiosi) limiti processuali ed incertezze giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 2006, I, 2109.
- DI MAJO A., *L'adempimento quale rimedio*, in *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 123.
- DI MARIA P., *Rimedi e garanzie a tutela dell'acquirente di partecipazioni in società di capitali*, in *Not.*, 5, 1999, 459.
- DI MARZIO F., *Le nullità del contratto*, Padova, 1999, 595.
- DOTTORE G., *Il senso della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale nel sistema civilistico e processuale: la Cassazione torna sull'art. 1421 c.c.*, in *NGCC*, 2006, I, 380.
- ENRIETTI E., *La risoluzione del contratto in generale*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1948.
- EREDE S., *Durata delle garanzie e conseguenze della loro violazione*, in *AA. VV., Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di F. Bonelli e M. De Andrè, Milano, 1990.

- FINAZZI AGRÒ E., *L'effettiva incidenza dei principi UNIDROIT nella risoluzione delle controversie internazionali: un'indagine empirica*, in *Dir. comm. internaz.*, 2009, 3, 557.
- GABRIELLI G., *Il contratto preliminare*, Milano, 1970.
- GRASSO B., *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto*, Napoli, 1973.
- GORLA G., *Del rischio e del pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934.
- GUERRINI L., *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012.
- IRTIN., *Risoluzione di un contratto nullo?*, in *Foro pad.*, 1971, 741.
- LUCARELLI P., *Rapporto di cambio incongruo, invalidità della fusione e rimedi: una relazione ancora da esplorare*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, II, 269.
- LUMINOSO A., *Della risoluzione per inadempimento. Commento all'1453 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro it., 1990.
- MANIACI A., *Le clausole di incontestabilità nei contratti di assicurazione*, in AA.VV., *Le clausole a rischio di nullità*, a cura di G. De Nova, Milano, 2009, 83.
- MARICONDA V., *La Cassazione rilegge l'art. 1421 c.c. e si corregge: è vera svolta?*, in *Corr. giur.*, 2005, 962.
- MASSETANI G., *Ingiustificate limitazioni alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, in *Foro it.*, 1989, I, 1938.
- MAZZAMUTO S., *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Remedies in contract. The Common Rules for a European Law*, a cura di G. Vettori, Milano, 2008.
- MENGONI L., *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, 22.
- MENICHINO C., *Le clausole di irresponsabilità contrattuale*, Milano, 2008.
- MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto*, 3 ed., Milano, 1948.
- MONTICELLI S., *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Milano, 1995, 262.
- MUCCIOLI N., *Vizi della volontà, buona fede e presupposizione nell'alienazione di partecipazioni sociali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 195 G. DE NOVA, *Il contratto alieno e le norme materiali*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 29.
- OSTI G., *La risoluzione del contratto per inadempimento, Fondamenti e principi generali*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1973.
- PANZARINI E., *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, in *I contratti dell'industria, del commercio e del mercato finanziario*, a cura di F. Galgano, 1, Torino, 1995.

- PARMEGGIANI F., *In tema di annullabilità della compravendita di azioni*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 1185.
- PEDERSOLI A., *Le garanzie fiscali, previdenziali ed ecologiche*, in AA. VV., *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di F. Bonelli e M. De Andrè, Milano, 1990.
- PARRINI P., *Equity e common law, le sorprese tra le righe del contratto*, *Comm. int.*, 1998, 353.
- PARRINI P., *La voce dell'equity nella cattiva sorte dei contratti*, in *Comm. int.*, 10, 1998, 436.
- PICONE L.G., *Contratti di acquisto di partecipazioni azionarie*, Milano, 1995.
- PICONE L.G., *Invalidità della fusione e mezzi di tutela del socio*, in *Soc.*, 1999, 458.
- PISTORELLI R., *Le garanzie "analitiche" sulle voci della situazione patrimoniale di riferimento*, in AA. VV., *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di F. Bonelli e M. De Andrè, Milano, 1990.
- PONTI L. - MASETTI N., *La vendita garantita delle partecipazioni sociali*, Padova, 1997
- PROVERBIO D., *Le clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, Milano, 2000.
- ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001.
- ROSSI G., *Le condizioni del closing*, in AA. VV., *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento: materiali e clausole contrattuali*, a cura di F. Bonelli e M. De Andrè, Milano, 1990.
- RUBINO DE RITIS M., *Trasferimento di pacchetti azionari di controllo: clausole contrattuali e limiti all'autonomia privata*, in *Giur. comm.*, 6, 1997, 879.
- SACCO R., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Vol. VI, Tomo II, Torino, 1975.
- SACCO R., *Le risoluzioni per inadempimento*, in *Il contratto*, Tomo II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004.
- SANGIOVANNI V., *Invalidità della fusione e risarcimento del danno*, in *Resp. civ.*, 2010, 379.
- SANGIOVANNI V., *Compravendita di partecipazione sociale e garanzie del venditore*, in *Not.*, 2012, 2, 204.
- SANGIOVANNI V., *Il contratto di escrow nella compravendita di partecipazioni sociali*, in *Contr.*, 2013, 2 197.
- SCALFI V., *Risoluzione del contratto*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XXVII, 1991, 4.
- SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro it., 1970.
- SERIO M., *La tutela della parte adempiente: il principio di effettività del rimedio risarcitorio e la sua attuazione negli ordinamenti nazionali*, in *Europa e dir. priv.*, 4, 2010, 1087.

- SICCHIERO G., *Comm. all'art. 1453 cod. civ., La risoluzione per inadempimento*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, Milano, 2007.
- SICCHIERO G., *Nullità della clausola di rinuncia alla risoluzione e massime mentitorie*, in *Giur. it.*, 11, 2012, 2255.
- SICCHIERO G., *La risoluzione dei contratti*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2013.
- SMIROLDO A., *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982.
- SPERANZIN M., *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, Milano, 2006.
- SPERANZIN M. - TINA A., *Una recente proposta legislativa in tema di trasferimento di aziende e di partecipazioni sociali*, in *Soc.*, 3, 2014, 261.
- STOLFI G., *Sopra un caso di modificazione della domanda in corso di giudizio*, in *Giur. it.*, 1948, I, 2, 151.
- TINA A., *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano, 2007.
- TINA A., *Trasferimento di partecipazioni societarie e annullamento del contratto*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 103.
- TRIMARCHI P., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 203.
- VELTRI F., *La rilevabilità d'ufficio della nullità: limiti e condizioni*, in *Contr.*, 2013, 4, 393.
- VISINTINI G., *Inadempimento e mora del debitore. Artt. 1218-1222 cod. civ.*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, Milano, 2008.

Dottrina straniera

- ATIIAH P.S., *An Introduction to the Law of Contract*, 3rd ed., Oxford, 1981.
- ATIIAH P.S., *An Introduction to the Law of Contract*, 5th ed., Oxford, 1995.
- ATIIAH P.S., *An Introduction to the Law of Contract*, 6th Ed., Oxford, 2006.
- AVRAHAM R. - LIU Z., *Incomplete Contracts with Asymmetric Information: Exclusive Versus Optional Remedies*, in *American Law and Economics Review* V8 N3 2006 (524) .
- BAILEY J., *Construction Law*, 2014, London.
- BEALE H.G., *Chitty on Contracts*, vol. I, 31th Ed., London, 2012.
- BEALE H., HARTKAMP H., KÖTZ H., TALLON D., *Cases, materials and texts on contract law*, Oxford - Portland, 2002.
- CHEN-WISHART M., *Controlling the Power to Agree Damages*, in P. BIRKS, *Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century*, Oxford, 1996.

- CHRISTOU R., *Boilerplate: Practical Clauses*, London, 2002.
- CIRCO C. - LITTLE C., *A State-by-state Guide to Construction & Design Law: Current Statutes and Practices*, 2nd ed., American Bar Association, 2011, 157.
- COOTE B., *Exception Clauses*, London, 1964.
- DOBBS D., *The Law of Remedies - Damages, Equity and Restitution*, 2nd ed., vol 3, St. Paul Minn, 1993.
- FRIEDMANN D., *The performance interest in contract damages*, (1995) 111 Law Quarterly Review, 629.
- GOTANDA J.Y., *Damages in Lieu of Performance Because of Breach of Contract*, Villanova University School of Law, Public Law and Legal Theory, Working Paper No. 2006-8.
- HARRIS D. - CAMPBELL D. - HALSON R., *Remedies in Contract and Tort*, 2nd ed, Cambridge, 2005.
- JACOBS E., *Effective Exclusion Clauses*, London, 1990.
- JONES G. - GOODHART W., *Specific Performance*, 2nd ed., London, 1996
- KLOTZ J.M., *International Sales Agreements: an Annotated Drafting and Negotiating Guide*, 2nd ed., The Hague, 2008.
- KUMAR M.M., *Control of Exclusion Clauses in England and India*, Beckenham, 1985
- LUNDMARK T., *Verbose Contracts*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 49, No. 1 (Winter, 2001), 121.
- MANN R. - ROBERTS B., *Essentials of Business Law and the Legal Environment*, 11th ed., Boston, 2013.
- MCKENDRICK E., *Contract Law: Text, Cases, and Materials*, 5th ed., Oxford, 2012.
- O'SALLIVAN J., *Reflections on the Role of Restitutionary Damages to Protect Contractual Expectations*, in D. Johnston e R. Zimmermann (eds), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge, 2002, 327.
- PARRY D.H., *The Sanctity of Contracts in English Law*, London, 1987 (rist. 1959).
- PEEL E., *The common law tradition: application of boilerplate clauses under English law*, in *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, a cura di G. Cordero-Moss, Cambridge, 2011.
- PEEL E., *Treitel on the Law of Contract*, 13th ed., London, 2013.
- ROWAN S., *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, Oxford, 2012.
- SCOTTISH LAW COMMISSION, *Report on Penalty Clauses* (Scot Law Com No 171, 1999).
- STILTON A., *Sales of Shares and Businesses: Law, Practice and Agreements*, London, 2006.

- STONE R., *The Modern Law of Contract*, Abingdon, 2009.
- THOMPSON R., *Sinclair on Warranties and Indemnities on Share and Asset Sales*, London, 2005.
- TREITEL G.H., *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, Oxford, 1988.
- TREITEL G.H., *The Law of Contract*, 13th ed., London, 2011.
- WADDAMS S., *The Law of Contract*, 4th ed., Aurora Ontario, 1999.
- WEBB C., *Performance and Compensation: an Analysis of Contract Damages and Contractual Obligation* (2006), OJLS 41.
- WHINCUP M., *Contract Law and Practice: The English System and Continental Comparisons*, Deventer, 1992.
- YATES D., *Exclusion in Contracts*, London, 1982.

Giurisprudenza italiana

- Cass., 30 ottobre 1965, n. 2324, in *Foro it.*, 1966, I, 1459.
- Cass., 18 giugno 1980, n. 3866, in *Rep. Foro it.*, voce “Contratto in genere”, n. 276.
- Cass., 28 gennaio 1986, n. 550, in *Giur. comm.*, 1986, II, 401.
- Collegio arbitrale, 24 giugno 1987, in *Foro pad.*, 1987, I, 507.
- Cass., 4 febbraio 1988, n. 1086, inedita, ma oggetto di una nota di commento da parte di uno dei difensori delle parti: cfr. P. VITUCCI, *Ogni ritardo sarà considerato di scarsa importanza*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, 577.
- Cass., 1° luglio 1994, n. 6225, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, II, 467; nonché in *Foro it.*, 1994, I, 3429.
- Cass., 18 luglio 1994, n. 6710, in *Mass. Giur. It.*, 1994.
- Cass., 02 aprile 1997, n. 2858, in *Mass. Giur. It.*, 1997; in *Giust. Civ.*, 1997, I (con nota di Vidiri); in *NGCC*, 1998, I, 120 (con nota di De Fazio); in *Contr.*, 1997, 359.
- Cass., 10 giugno 1998, n. 5774, in *Vita not.*, 1999, 1207 (con nota di Iannotta).
- Cass., 17 gennaio 2003, n. 625, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 122.
- Trib. Milano, 26 maggio 2004 (inedito).
- Trib. Milano, 27 maggio 2004 (inedito).
- Cass., 22 marzo 2005, n. 6170, in *Giust. civ.*, 2005, 962.
- Cass., 9 marzo 2006, n. 5100, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 3.
- Cass., 12 giugno 2008, n. 15706, tratta dal sito web www.leggiditaliaprofessionale.it.

Cass., 15 settembre 2008, n. 23674, in *Mass. Giur. It.*, 2008; in *Obbl. e contr.*, 2009, 4, 318 (con nota di Benussi); in *NGCC*, 2009, 3, 1, 197 (con nota di Nardi).

Cass., 20 agosto 2009, n. 18540, in *Mass. Giur. It.*, 2009.

Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce «Contratto in genere», n. 433.

Cass., 07 febbraio 2011, n. 2956; in *Contr.*, 2011, 7, 677, con nota di Pirovano; in *Notariato*, 2011, 3, 259; in *Contr.*, 2011, 373; in *Foro It.*, 2011, 9, 1, 2403.

Cass., 9 maggio 2012, n. 7054, in *Giur. it.*, 11, 2012, 2255 (con nota di Sicchiero).

Cass., Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Giust. Civ.*, 2012, 10, I, 2275 Cass., 20 agosto 2009, n. 18540, in *Mass. Giur. It.*, 2009 Cass., 20 agosto 2009, n. 18540, in *Mass. Giur. It.*, 2009.

Cass., 28 febbraio 2013, n. 5033, in *Giust. civ.*, 2013, 1737 (con nota di D'Auria).

Cass., 3 giugno 2013, n. 13905, tratta dal sito web www.ilcaso.it.

Cass., 24 luglio 2014, n. 16963, allo stato parzialmente pubblicata in *Giur. it.*, 2014, 2406 ss. (con nota di G. Iorio).

Trib. Milano, 5 gennaio 2015, tratta dal sito web www.giurisprudenzadelleimprese.it (s.m.).

Giurisprudenza inglese

Wedgwood v Adams 50 E.R. 41; (1844) 8 Beav. 103.

Robinson v Harman 154 E.R. 363; (1848) 1 Ex. 850.

Hadley v Baxendale 156 E.R. 145; (1854) 9 Ex. 341.

Falcke v Gray 62 E.R. 250; (1859) 4 Drew. 651.

Poussard v Spiers (1876) 1 Q.B.D. 410.

S Pearson & Son Ltd v Dublin Corporation [1909] A.C. 217.

Wallis Son & Wells v Pratt & Haynes [1911] A.C. 394.

Behnke v Bede Shipping Co Ltd [1927] 1 K.B. 649; (1927) 27 Ll. L. Rep. 24.

Cellulose Acetate Silk Company Ltd v Widnes Foundary [1933] A.C. 20.

Andrews Bros (Bournemouth) Ltd v Singer & Co Ltd [1934] 1 K.B. 17.

J Spurling Ltd v Bradshaw [1956] 1 W.L.R. 461; [1956] 2 All E.R. 121; [1956] 1 Lloyd's Rep. 392; (1956) 100 S.J. 317.

Karsales (Harrow) Ltd v Wallis [1956] 1 W.L.R. 936; [1956] 2 All E.R. 866; (1956) 100 S.J. 548.

Sze Hai Tong Bank v Rambler Cycle Co [1959] A.C. 576; [1959] 3 W.L.R. 214; [1959] 3 All E.R. 182; [1959] 2 Lloyd's Rep. 114; (1959) 103 S.J. 561.

Hollins v J Davy Ltd [1963] 1 Q.B. 844; [1963] 2 W.L.R. 201; [1963] 1 All E.R. 370; (1962) 106 S.J. 1033.

Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v NV Rotterdamsche Kolen Centrale [1967] 1 A.C. 361; [1966] 2 W.L.R. 944; [1966] 2 All E.R. 61; [1966] 1 Lloyd's Rep. 529; (1966) 110 S.J. 367.

Thornton v Shoe Lane Parking [1971] 2 Q.B. 163; [1971] 2 W.L.R. 585; [1971] 1 All E.R. 686; [1971] 1 Lloyd's Rep. 289; [1971] R.T.R. 79; (1970) 115 S.J. 75; Times, December 19, 1970.

Kenyon, Son & Craven v Baxter Hoare & Co [1971] 1 W.L.R. 519; [1971] 2 All E.R. 708; [1971] 1 Lloyd's Rep. 232.

Hill v CA Parsons & Co Ltd [1972] Ch. 305; [1971] 3 W.L.R. 995; [1971] 3 All E.R. 1345; (1971) 115 S.J. 868; Times, November 11, 1971.

Gillespie Bros & Co Ltd v Roy Bowles Transport Ltd [1973] Q.B. 400; [1972] 3 W.L.R. 1003; [1973] 1 All E.R. 193; [1973] 1 Lloyd's Rep. 10; [1973] R.T.R. 95; (1972) 116 S.J. 861.

Gilbert-Ash (Northern) Ltd v Modern Engineering (Bristol) Ltd [1974] A.C. 689; [1973] 3 W.L.R. 421; [1973] 3 All E.R. 195; 1 B.L.R. 73; 72 L.G.R. 1; (1973) 117 S.J. 745.

Sky Petroleum Ltd v VIP Petroleum Ltd [1974] 1 W.L.R. 576; [1974] 1 All E.R. 954; (1973) 118 S.J. 311.

Société des Industries Métallurgiques SA v Bronx Ingegneria Co Ltd [1975] 1 Lloyd's Rep. 465.

Lowe Peers 98 E.R. 160; (1768) 4 Burr. 2225.

The Unique Mariner [1978] 1 Lloyd's Rep. 438.

Johnson v Agnew [1980] A.C. 367; [1979] 2 W.L.R. 487; [1979] 1 All E.R. 883; (1979) 38 P. & C.R. 424; (1979) 251 E.G. 1167; (1979) 123 S.J. 217.

Photo Production Ltd v Securicor Ltd [1980] A.C. 827; [1980] 2 W.L.R. 283; [1980] 1 All E.R. 556; [1980] 1 Lloyd's Rep. 545; (1980) 124 S.J. 147.

Patel v Ali [1984] Ch. 283; [1984] 2 W.L.R. 960; [1984] 1 All E.R. 978; (1984) 48 P. & C.R. 118; (1984) 81 L.S.G. 1285; (1984) 128 S.J. 204.

Rees-Hough Ltd v Redland Reinforced Plastics Ltd (1985) 2 Const. L.R. 109.

Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth [1996] A.C. 344; [1995] 3 W.L.R. 118; [1995] 3 All E.R. 268; [1995] C.L.C. 905; 73 B.L.R. 1; 45 Con. L.R. 61; (1995) 14 Tr. L.R. 541; (1995) 11 Const. L.J. 381; [1995] E.G. 11 (C.S.); (1995) 145 N.L.J. 996; (1995) 139 S.J.L.B. 163; Times, July 3, 1995; Independent, July 12, 1995.

Tan Wing Chuen v Bank of Credit and Commerce Hong Kong Ltd [1996] 2 B.C.L.C. 69.

The Hellespont Ardent [1997] 2 Lloyd's Rep. 547.

Mannai Investment Co. Ltd v Eagle Star Life Ass. Co. Ltd [1997] A.C. 749; [1997] 2 W.L.R. 945; [1997] 3 All E.R. 352; [1997] C.L.C. 1124; [1997] 1 E.G.L.R. 57; [1997] 25 E.G. 138; [1997] 24 E.G. 122; (1997) 16 Tr. L.R. 432; [1997] E.G. 82 (C.S.); (1997) 94(30) L.S.G. 30; (1997) 147 N.L.J. 846; (1997) 141 S.J.L.B. 130; [1997] N.P.C. 81; Times, May 26, 1997.

Co-operative v Argyll [1998] A.C. 1; [1997] 2 W.L.R. 898; [1997] 3 All E.R. 297; [1997] C.L.C. 1114; [1997] 1 E.G.L.R. 52; [1997] 23 E.G. 141; [1997] E.G. 81 (C.S.); (1997) 94(26) L.S.G. 30; (1997) 147 N.L.J. 845; (1997) 141 S.J.L.B. 131; [1997] N.P.C. 79; Times, May 26, 1997; Independent, June 5, 1997.

Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society [1998] 1 W.L.R. 896; [1998] 1 All E.R. 98; [1998] 1 B.C.L.C. 531; [1997] C.L.C. 1243; [1997] P.N.L.R. 541; (1997) 147 N.L.J. 989; Times, June 24, 1997.

Shipskreditforeningen v Emperor Navigation (1998) 1 Lloyd's Rep. 66, 76.

Alfred McAlpine Construction Ltd v Panatown Ltd [2001] 1 A.C. 518; [2000] 3 W.L.R. 946; [2000] 4 All E.R. 97; [2000] C.L.C. 1604; [2000] B.L.R. 331; (2000) 2 T.C.L.R. 547; 71 Con. L.R. 1; [2000] E.G. 102 (C.S.); (2000) 97(38) L.S.G. 43; (2000) 150 N.L.J. 1299; (2000) 144 S.J.L.B. 240; [2000] N.P.C. 89; Times, August 15, 2000.

Farley v Skinner [2001] UKHL 49; [2002] 2 A.C. 732; [2001] 3 W.L.R. 899; [2001] 4 All E.R. 801; [2002] B.L.R. 1; [2002] T.C.L.R. 6; 79 Con. L.R. 1; [2002] H.L.R. 5; [2002] P.N.L.R. 2; [2001] 3 E.G.L.R. 57; [2001] 48 E.G. 131; [2001] 49 E.G. 120; [2001] 42 E.G. 139 (C.S.); (2001) 98(40) L.S.G. 41; (2001) 145 S.J.L.B. 230; [2001] N.P.C. 146; Times, October 15, 2001; Independent, November 26, 2001; Daily Telegraph, October 16, 2001.

Watford Electronics Ltd v Sanderson CFL Ltd [2001] EWCA Civ 317; [2001] 1 All E.R. (Comm) 696; [2001] B.L.R. 143; (2001) 3 T.C.L.R. 14; [2002] F.S.R. 19; [2001] Masons C.L.R. 57; (2001) 98(18) L.S.G. 44; Times, March 9, 2001.

Bank of Credit and Commerce International SA v Ali [2006] EWHC 2636 (Ch).

National Westminster Bank v Utrecht America Bank [2001] EWCA Civ 658; [2001] 3 All E.R. 733; [2001] 2 All E.R. (Comm) 7; [2001] Lloyd's Rep. Bank. 285; [2001] C.L.C. 1372; (2001) 151 N.L.J. 784; Independent, May 17, 2001.

Granville Oil & Chemicals Ltd v Davis Turner & Co. Ltd [2003] EWCA Civ 570; [2003] 1 All E.R. (Comm) 819; [2003] 2 Lloyd's Rep. 356; [2003] 2 C.L.C. 418; (2003) 147 S.J.L.B. 505.

HIH Casualty and General Insurance Ltd v Chase Manhattan Bank [2003] UKHL 6; [2003] 1 All E.R. (Comm) 349; [2003] 2 Lloyd's Rep. 61; [2003] 1 C.L.C. 358; [2003] Lloyd's Rep. I.R. 230; (2003) 147 S.J.L.B. 264.

Sirius International Insurance Co (Publ) v FAI General Insurance Ltd [2004] UKHL 54; [2004] 1 W.L.R. 3251; [2005] 1 All E.R. 191; [2005] 1 All E.R. (Comm) 117; [2005] 1 Lloyd's Rep.

461; [2005] 1 C.L.C. 451; [2005] Lloyd's Rep. I.R. 294; (2004) 101(48) L.S.G. 25; (2004) 148 S.J.L.B. 1435; Times, December 3, 2004.

Fiona Trust and Holding Corp v Privalov [2007] UKHL 40; [2007] 4 All E.R. 951; [2007] 2 All E.R. (Comm) 1053; [2007] Bus. L.R. 1719; [2008] 1 Lloyd's Rep. 254; [2007] 2 C.L.C. 553; 114 Con. L.R. 69; [2007] C.I.L.L. 2528; (2007) 104(42) L.S.G. 34; (2007) 151 S.J.L.B. 1364; Times, October 25, 2007.

Whitecap Leisure Ltd v John H Rundle Ltd [2008] EWCA Civ 1026.

Broadcasting Corp Ltd v Mar LLC [2009] EWHC 844 (Ch); [2010] 1 All E.R. (Comm) 112; [2009] 2 Lloyd's Rep. 295.

Kudos Catering (UK) Limited v Manchester Central Convention Complex Limited [2013] EWCA Civ 38; [2013] 2 Lloyd's Rep. 270.

Fujitsu Services Ltd v IBM United Kingdom Ltd [2014] EWHC 752 (TCC); [2014] 1 C.L.C. 353; 153 Con. L.R. 203.

Giurisprudenza statunitense

Shepherd v Hampton 16 U.S. (3 Wheat.) 200.

Giurisprudenza australiana

Silent Vector Pty Ltd v Squarcini [2008] WASC 246.

Giurisprudenza francese

Cour de Cassation, 3 novembre 2011, n. 10-26203, tratta dal sito web www.legifrance.gouv.fr.